



ANUARIO DE JURISPRUDENCIA

Sentencias Destacadas

• 2005 •

**Una mirada desde la perspectiva
de las políticas públicas**

LIBERTAD 
DESARROLLO

Sentencias Destacadas 2005

Una mirada desde la perspectiva
de las políticas públicas

Primera edición de 1.000 ejemplares
Mayo 2005

Registro Propiedad Intelectual
Inscripción N° 155.482

ISBN: 956-7183-20-1

Derechos Reservados.

Toda reproducción total o parcial está prohibida
sin la debida autorización,
excepto para citas o comentarios.

Diseño e impresión:
Alfabeta Artes Gráficas
Carmen 1985 - Fono Fax: 551 5657

Sentencias Destacadas

• 2005 •

Editor

ARTURO FERNANDOIS VÖHRINGER
P. Universidad Católica de Chile

Editor Asociado

RODRIGO DELAVEAU SWETT
Libertad y Desarrollo

Consejo Editorial

RAÚL BERLTENSEN REPETTO
Universidad de los Andes

PABLO KANGISER GÓMEZ
Libertad y Desarrollo

GUILLERMO BRUNA CONTRERAS
P. Universidad Católica de Chile

FRANCISCO ORREGO BAUZÁ
Fundación Jaime Guzmán

AXEL BUCHHEISTER ROSAS
Libertad y Desarrollo

JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN
P. Universidad Católica de Chile

ÁLVARO FERNÁNDEZ DÍAZ
P. Universidad Católica de Chile

JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ NEUMANN
Universidad del Desarrollo

ARTURO FERNANDOIS VÖHRINGER
P. Universidad Católica de Chile

JORGE VIAL ÁLAMOS
P. Universidad Católica de Chile

Presentación al segundo tomo anual de *Sentencias Destacadas*

La aparición de este segundo tomo anual de *Sentencias Destacadas* despeja toda duda sobre la vocación de permanencia que tiene este esfuerzo editorial, lanzado por el Instituto Libertad y Desarrollo el año pasado.

Así como se hizo respecto del año judicial 2004, la tarea actual de nuestro equipo de académicos fue revisar en detalle los altos y bajos de la jurisprudencia 2005 de nuestras cortes, en aquellas áreas sensibles para la vigencia de una sociedad libre.

Entendemos por *sociedad libre* aquella en que la consecución del bien común se nutre de manera esencial por la libertad de las personas y su potencia creadora. En este esquema, el Estado y sus legisladores, administradores y jueces utilizan el formidable poder soberano de leyes y sentencias para promover activamente el bien común, pero con un cuidadoso respeto a ese núcleo libertario.

Creemos asimismo que la vigencia de ese espacio de libertad potencia la igualdad, el desarrollo y en definitiva un mejor respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Nuestra Constitución adhirió a este esquema de sociedad. No hay duda sobre esa opción fundamental. Pero quedan al libre juego del debate nacional los matices, los medios y las prioridades en una agenda anual que se dirige a ese objetivo.

¿Cuánto de ese núcleo libertario está siendo honrado año a año por las leyes y sentencias que las aplican?

El objetivo de este libro es responder a esa pregunta. Para eso, serán objeto de comentario preferente los fallos que –con ocasión de determinados conflictos– potencian o acotan las potestades regulatorias del Estado en áreas sensibles.

Se comentan entonces en este tomo sentencias en materia de urbanismo y autonomía municipal, estabilidad administrativa y medio ambiente, salvaguardias arancelarias y libre competencia. Todas ellas pertenecen al delicado ámbito de la regulación económica, potestad que, autorizada por la Constitución y la ley, ordena el

ejercicio de determinados derechos fundamentales de contenido patrimonial. Nuestro consejo editorial estima que estas potestades, si bien orientadas, son extremadamente relevantes para configurar la clase de sociedad buscada por el constituyente.

Otras zonas, valores y derechos nos han parecido también sensibles de evaluar ante el año judicial 2005. Están allí, entre otros, los problemas patrimoniales de la familia, núcleo fundamental de una sociedad sana, frente a las comunidades de hecho de alguno de los cónyuges; el recurso constitucional de hábeas corpus y su eventual dimensión sustantiva en la discusión penal, y la eficiencia de la ley penal en la defensa de la propiedad frente a los llamados “hurtos hormiga”.

Para este equipo es un honor comentar sentencias seleccionadas de los más altos tribunales del país. Tanto la Corte Suprema como los recientemente vigorizados Tribunal Constitucional y Tribunal de la Libre Competencia son objeto de atento escrutinio. Pero también caen detectados en este radar jurídico anual las decisiones relevantes de otros entes jurisdiccionales de naturaleza administrativa, como la Comisión de Distorsiones de la Ley 18.525.

Respecto de todos ellos seguiremos el consejo que con franqueza nos proveyó el presidente de la Corte Suprema en la solemne ceremonia de lanzamiento de Sentencias Destacadas 2004. Allí nos instó a colaborar con el Poder Judicial no solo con adulaciones, sino también mediante la crítica que, aun severa, si responsable, contribuirá de seguro al mejor país que todos queremos construir.

ARTURO FERMANDOIS
Editor

Sentencias Destacadas 2005

Una mirada desde la perspectiva
de las políticas públicas

Primera edición de 1.000 ejemplares
Mayo 2005

Registro Propiedad Intelectual
Inscripción N° 155.482

ISBN: 956-7183-20-1

Derechos Reservados.

Toda reproducción total o parcial está prohibida
sin la debida autorización,
excepto para citas o comentarios.

Diseño e impresión:
Alfabeta Artes Gráficas
Carmen 1985 - Fono Fax: 551 5657

Sentencias Destacadas

• 2005 •

Editor

ARTURO FERNANDOIS VÖHRINGER
P. Universidad Católica de Chile

Editor Asociado

RODRIGO DELAVEAU SWETT
Libertad y Desarrollo

Consejo Editorial

RAÚL BERLTENSEN REPETTO
Universidad de los Andes

PABLO KANGISER GÓMEZ
Libertad y Desarrollo

GUILLERMO BRUNA CONTRERAS
P. Universidad Católica de Chile

FRANCISCO ORREGO BAUZÁ
Fundación Jaime Guzmán

AXEL BUCHHEISTER ROSAS
Libertad y Desarrollo

JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN
P. Universidad Católica de Chile

ÁLVARO FERNÁNDEZ DÍAZ
P. Universidad Católica de Chile

JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ NEUMANN
Universidad del Desarrollo

ARTURO FERNANDOIS VÖHRINGER
P. Universidad Católica de Chile

JORGE VIAL ÁLAMOS
P. Universidad Católica de Chile

Presentación al segundo tomo anual de *Sentencias Destacadas*

La aparición de este segundo tomo anual de *Sentencias Destacadas* despeja toda duda sobre la vocación de permanencia que tiene este esfuerzo editorial, lanzado por el Instituto Libertad y Desarrollo el año pasado.

Así como se hizo respecto del año judicial 2004, la tarea actual de nuestro equipo de académicos fue revisar en detalle los altos y bajos de la jurisprudencia 2005 de nuestras cortes, en aquellas áreas sensibles para la vigencia de una sociedad libre.

Entendemos por *sociedad libre* aquella en que la consecución del bien común se nutre de manera esencial por la libertad de las personas y su potencia creadora. En este esquema, el Estado y sus legisladores, administradores y jueces utilizan el formidable poder soberano de leyes y sentencias para promover activamente el bien común, pero con un cuidadoso respeto a ese núcleo libertario.

Creemos asimismo que la vigencia de ese espacio de libertad potencia la igualdad, el desarrollo y en definitiva un mejor respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Nuestra Constitución adhirió a este esquema de sociedad. No hay duda sobre esa opción fundamental. Pero quedan al libre juego del debate nacional los matices, los medios y las prioridades en una agenda anual que se dirige a ese objetivo.

¿Cuánto de ese núcleo libertario está siendo honrado año a año por las leyes y sentencias que las aplican?

El objetivo de este libro es responder a esa pregunta. Para eso, serán objeto de comentario preferente los fallos que –con ocasión de determinados conflictos– potencian o acotan las potestades regulatorias del Estado en áreas sensibles.

Se comentan entonces en este tomo sentencias en materia de urbanismo y autonomía municipal, estabilidad administrativa y medio ambiente, salvaguardias arancelarias y libre competencia. Todas ellas pertenecen al delicado ámbito de la regulación económica, potestad que, autorizada por la Constitución y la ley, ordena el

ejercicio de determinados derechos fundamentales de contenido patrimonial. Nuestro consejo editorial estima que estas potestades, si bien orientadas, son extremadamente relevantes para configurar la clase de sociedad buscada por el constituyente.

Otras zonas, valores y derechos nos han parecido también sensibles de evaluar ante el año judicial 2005. Están allí, entre otros, los problemas patrimoniales de la familia, núcleo fundamental de una sociedad sana, frente a las comunidades de hecho de alguno de los cónyuges; el recurso constitucional de hábeas corpus y su eventual dimensión sustantiva en la discusión penal, y la eficiencia de la ley penal en la defensa de la propiedad frente a los llamados “hurtos hormiga”.

Para este equipo es un honor comentar sentencias seleccionadas de los más altos tribunales del país. Tanto la Corte Suprema como los recientemente vigorizados Tribunal Constitucional y Tribunal de la Libre Competencia son objeto de atento escrutinio. Pero también caen detectados en este radar jurídico anual las decisiones relevantes de otros entes jurisdiccionales de naturaleza administrativa, como la Comisión de Distorsiones de la Ley 18.525.

Respecto de todos ellos seguiremos el consejo que con franqueza nos proveyó el presidente de la Corte Suprema en la solemne ceremonia de lanzamiento de Sentencias Destacadas 2004. Allí nos instó a colaborar con el Poder Judicial no solo con adulaciones, sino también mediante la crítica que, aun severa, si responsable, contribuirá de seguro al mejor país que todos queremos construir.

ARTURO FERMANDOIS
Editor

Invalidación Administrativa y caso Celco: estabilidad o precariedad de los permisos ambientales



ARTURO FERNANDOIS VÖHRINGER
Profesor de Derecho Constitucional
P. Universidad Católica de Chile

RESUMEN EJECUTIVO

El artículo trata la problemática de la estabilidad jurídica como principio central del derecho ambiental, de la inversión privada y del desarrollo sustentable. Se concentra en la Resolución de Calificación Ambiental que aprueba un Estudio de Impacto Ambiental y revisa las eventuales herramientas legales de que disponen la Conama o la Corema para modificarla ante el cambio de las variables ambientales. Con ocasión del caso Celco en Valdivia y de la sentencia de la Corte Suprema en recurso de protección (mayo de 2005), concluye que ni la Ley 19.300, ni la Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos, ni la Constitución, amparan la alteración unilateral de una RCA. Así, discrepa de la constitucionalidad del Dictamen 20.477 de la Contraloría General de la República, que admitió como legítimo este proceder. El trabajo revisa doctrina y jurisprudencia de invalidación, revocación y derechos adquiridos en otras ramas del derecho, como la urbanística y de educación. Por último, el autor propone ilustrar el debate con el principio europeo de la confianza legítima, que actúa como una barrera en defensa de la seguridad jurídica y el Estado de Derecho.

SUMARIO

1.- Introducción. 2.- Certeza y Difícil Constitucionalización de las “Zonas Jurídicas Administrativizadas”. 3. - La Fuente del Conflicto: Desviaciones en Estudio de Impacto Ambiental y en la Resolución de Calificación Ambiental. 3.1 Fundamentos de la Sentencia de la Corte Suprema. 3.2.- Naturaleza de la Resolución de Calificación Ambiental. 3.3.- Tratamiento de los Impactos Ambientales no Previstos. El Debate sobre el Rol de Corema y Conama. 4.- Herramientas Legales Disponibles para la Alteración de un Acto Administrativo. 4.1.- Autotutela Ejecutiva y la Doctrina Hasta 2003. 4.2.- Ley 19.880 y la Sentencia del Tribunal Constitucional. 4.3.- Instrumentos propios de la Legislación Administrativa General (Ley 19.880). 4.4.- La Legislación Ambiental ante el Cambio en las Variables Ambientales de la RCA. 5.- La Contraloría General de La República y su Nueva Doctrina: Dictamen 20.477, de 2003. 6.- Derechos y Principios Constitucionales Envueltos en Modificaciones Unilaterales de la Resolución de Calificación Ambiental. 6.1.- El Acto Declarativo Ajustado a Derecho no puede invalidarse. 6.2.- Exclusividad de Jurisdicción y Debido Proceso. 6.3.- Confianza Legítima, más que Derechos Adquiridos. 7.- Conclusiones y Propuestas. 8.- Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Corte Suprema en el llamado Caso Celco¹ causó un fuerte impacto mediático durante todo el año 2005. Un error de referencia en el considerando 8° del fallo de protección, que al citar un documento acompañado al recurso lo atribuyó al Centro EULA de la Universidad de Concepción –emanado en realidad de la propia empresa recurrente (CELCO)– detonó uno de los capítulos más agrios de los últimos tiempos para el Poder Judicial².

El visible error de cita se sumó a la crisis que atravesó poco antes en Valdivia el Santuario de la Naturaleza Carlos Andwanter, en el Río Cruces. Cientos de cisnes muertos por efecto de la desaparición de su alimento natural, “el lucheillo”, fueron una realidad ineludible que se imputó inequívocamente por la opinión pública a la contaminación de la planta de celulosa de la empresa Celulosa Arauco S.A. en San José de la Mariquina, cuyo dueño aparecía absuelto por la Corte en el recurso de protección rechazado³.

Pero la consecuencia más impactante de este capítulo medioambiental no sería ético-procesal, sino administrativo-constitucional. Acaecería unos días después, y consistiría en que por vez primera en la historia del derecho del medio ambiente, la autoridad regional, COREMA de la Décima Región, modificaría unilateralmente la Resolución de Calificación Ambiental (en adelante RCA)⁴ que había aprobado el Estudio de Impacto Ambiental de Celco casi siete años antes⁵.

Así, tendríamos en por primera vez también bajo el imperio de la Ley 19.880, de Bases de Procedimiento Administrativo, un órgano

¹ Corte Suprema, Tercera Sala, 31 de mayo de 2005, redacción de Ministro don Domingo Kokish.

² Estudio denominado “Balance del Río Cruces - Sector Descarga de Efluentes de la Planta Valdivia”, de 17 de mayo de 2005. El Estudio fue preparado por el recurrente, en hojas membretadas de la propia empresa, pero acompañado al proceso como emanado del Centro EULA de la Universidad de Concepción. Así fue referido en el fallo.

³ La Corte Suprema corrigió posteriormente la referencia al documento respectivo. Ello no impidió que la Cámara de Diputados tramitara una acusación constitucional contra quienes suscribieron el fallo (ministros Domingo Kokisch, Jorge Rodríguez y Eleodoro Ortiz), rechazada por la misma Cámara por 59 votos en contra, siete a favor y una abstención, con fecha 19 de julio de 2005.

⁴ La modificación se materializó por la Resolución Exenta N° 377, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Décima Región de Los Lagos, de fecha 6 de junio de 2005.

⁵ La Resolución de Calificación Ambiental original fue emitida por Resolución Exenta N° 279, de fecha 30 de octubre de 1998, de la COREMA X Región.

del Estado dejaba sin efecto buena parte de un acto administrativo relevante. ¿Revocación parcial del acto administrativo? ¿Invalidación? ¿Aplicación de la revocación del artículo 61° de la Ley 19.880?

Cualquiera sea la calificación jurídica que se le atribuya a la Resolución N° 377-2005, de la Corema, las políticas públicas y el Derecho exigen detenerse en su fundamento y legitimidad en Chile. Ese acto administrativo alteró los derechos y obligaciones del administrado, sin su consentimiento, y muchos años después que haber quedado firme. La estabilidad y certeza jurídica en los actos administrativos firmes en derecho ambiental es un pilar básico de la delicada ecuación que debe existir entre inversión privada, regulación y desarrollo sustentable. Cuantiosas inversiones penden de esta institucionalidad ambiental. ¿Cómo juega esa certeza con la evolución muchas veces impredecible de las variables ambientales y las herramientas que las leyes 19.300 y 19.880 confieren a la autoridad? ¿Qué hay de los derechos de propiedad adquiridos bajo el amparo del acto, de buena fe? ¿Se atribuyó facultades jurisdiccionales la Corema? ¿Está la Contraloría General de la República avalando una inestabilidad generalizada en la Administración del Estado?⁶

Estas interrogantes llaman a una mejor difusión del moderno principio del derecho público europeo llamado de la *confianza legítima*, que opera como un límite a las facultades invalidatorias omnímodas del Estado⁷. Asumiremos esa tarea en este trabajo⁸.

⁶ Se ha venido acusando a la Contraloría General de la República de actuaciones exorbitantes en materia de invalidación, especialmente en materia urbanística. Recientes fallos han declarado la inconstitucionalidad de sus amplias pretensiones invalidatorias fuera del trámite de la toma de razón. Véase sentencia de primera instancia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de abril de 2006, rol N° 8344, en recurso de protección "*Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile con Contralor General de la República*" (Apelación pendiente).

⁷ En doctrina europea, véase ANÍBARRO PÉREZ, SUSANA, "*El principio de protección de la confianza legítima como límite al poder legislativo en materia tributaria*", en revista Revista Española de Derecho Financiero, N°119, 2003, páginas 395-419. También GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "*El principio de la protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador*", en Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación, N°33, 2003, páginas 116-162. Para una revisión del principio en el derecho del Reino Unido, véase SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, DANIEL, "*El principio de confianza legítima en el Derecho inglés: la evolución que continúa*", en Revista Española de Derecho Administrativo, N° 114, 2002, páginas 233-264. En Chile los trabajos son muy escasos, destacando BERMÚDEZ SOTO, JORGE, "*El principio de la confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria*", en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Vol. XVIII, N°2, páginas 83-105.

⁸ En derecho administrativo norteamericano, el bien jurídico protegido es la irretroactividad que subyace a la invalidación de las reglas (rules) por parte de las

Este es el objeto del presente comentario. No indagará especialmente sobre los aciertos o desaciertos de la sentencia de la Corte Suprema que revocó aquel fallo de la Corte de Valdivia y desechó en definitiva el recurso de protección interpuesto contra Celco. Nos serviremos de este caso para repasar y enjuiciar el escenario administrativo que se abrió luego de aquel polémico fallo de protección.

2. CERTEZA Y DIFÍCIL CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS “ZONAS JURÍDICAS ADMINISTRATIVIZADAS”

Una de las tareas inconclusas de nuestro tiempo es la constitucionalización de las zonas que llamaremos “administrativizadas” del derecho. Este proceso consiste en la progresiva inyección de los valores constitucionales a órganos, tradiciones y subconjuntos legales acostumbrados a operar preferentemente con categorías propias. El derecho administrativo es una de ellas y –que nadie se ofenda– el derecho del medio ambiente viene siguiendo sus pasos⁹.

Por el contrario, el Derecho Constitucional, dotado de supremacía normativa, pretende irrigar todas las ramas del derecho. Algunos autores han llamado a este proceso la “constitucionalización del Derecho”¹⁰. Pero no se trata aquí de llevar a la misma Carta Fundamental normas propias y detallas del derecho civil, comercial y otras ramas.

Aquí se pretende, entonces, que las tradiciones administrativas propias de zonas intensamente técnicas del Derecho, sean anteriores o posteriores a la Ley 19.300, se apeguen a las categorías del Derecho

agencias administrativas. Como recuerdan Funk y Seamon, *“De hecho, la Corte Suprema ha resuelto que una regla (acto administrativo general) no puede ser retroactiva salvo que la ley que autoriza esa regla explícitamente faculte al órgano estatal para adoptar una regla retroactiva”*. FUNK, WILLIAM Y SEAMON, RICHARD, *Administrative Law*, Aspen Law and Business, New York, 2001, p. 135. Similar exigencia sería aplicable para la actividad administrativa proveniente de actos genéricos (*rulemaking*) o particulares (*adjudication*). El tema también se aborda por la vía del debido proceso en la generación del acto administrativo. Consúltase el capítulo *“Legal constraints on choice of policymaking models-Due process constraints”*, en CASS, DIVER Y BEERMANN, *Administrative Law - Cases and Materials*, Aspen Law and Business, New York, 2002, p. 365.

⁹ Otra rama que sufre esta tensión es el Derecho Urbanístico, cuya fuente básica es el DFL 458, de 1975, anterior a la Constitución de 1980.

¹⁰ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCIII, N°3, páginas 107-137. También, GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Valparaíso, Editorial Universitaria, 2001.

Constitucional; a sus normas, principios, doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Corte Suprema.

He aquí otro desafío para el derecho del medio ambiente. Debe armonizar su tráfico jurídico con la Constitución, doctrina y jurisprudencia asentada. Así lo ordena el artículo 6° de la Carta. Les está vedado a esta y a otras ramas por la misma Constitución reclamar tratamientos especiales, aislacionistas, bolsones en el Estado de Derecho. ¿Parece obvio? No, si se revisa el caso Celco.

3. LA FUENTE DEL CONFLICTO: DESVIACIONES EN ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL Y EN LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL

La fuente del conflicto en el caso Celco parece provenir de una evolución imprevista de las variables ambientales, así mensuradas al tiempo de la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, en adelante EIA. Así al menos se lee la sentencia exculpatoria de la Corte Suprema. Los recurrentes alegaron en su recurso la existencia de tres “desviaciones” posteriores a la RCA de 1998, atribuibles más bien a la acción deliberada de empresa: a) aumento de la capacidad potencial de producción de la planta de 550 mil a 685 mil toneladas anuales; b) la instalación de una descarga alternativa de riles; y c) la evacuación conjunta de las aguas del proceso productivo y las aguas lluvia.

Antes de revisar las alternativas legales de que dispone la Corema para resolver este conflicto, corresponde revisar someramente la sentencia de la Corte Suprema, así como la naturaleza jurídica de una Resolución de Calificación Ambiental.

3.1 Fundamentos de la sentencia de la Corte Suprema

Las entidades recurrentes del recurso de protección alegaron que las desviaciones referidas por parte de Celulosa Arauco S.A., en adelante Celco, venían causando el incumplimiento de la RCA N° 279, de 1998, que aprobó el EIA de la planta Valdivia de esa empresa¹¹.

¹¹ Los recurrentes en el recurso de protección fueron los siguientes: Vladimir Alberto Riesco Bahamondes, abogado, por sí y por doña Erica Jimena Rojas Cabrapán, Presidenta de la Junta de vecinos de Rucaco, Jacob Sandoval Vidal, Presidente de la Unión Sectorial de Juntas de Vecinos de San José de la Mariquina; Jimmy Davis Castillo, Presidente de la Asociación Gremial de Armadores de Valdivia y de Ricardo Asuman Doering, Presidente de Agrupación Guías Fluviales de Valdivia, Jaime Ramí-

Acompañando un estudio de una consultora, imputaron a Celco esas desviaciones, atribuyéndole la severa contaminación que estaba terminando con la vida de grandes cantidades de cisnes del río Cruces.

La Corte Suprema desechó el recurso con tres clases de argumentos¹². En primer lugar, en lo formal, sostuvo que el recurso era extemporáneo, puesto que habiendo conocido la empresa de esas desviaciones ambientales por un estudio datado 3 de octubre de 2004, la acción solo se interpuso el 12 de enero de 2005. Citando a don Eduardo Soto Kloss, rechazó la tesis de los efectos permanentes como excusa para ampliar el plazo de interposición¹³.

Luego, la Corte concluye que ninguna de las tres desviaciones ambientales efectivamente tuvo lugar. En cuanto al aumento de capacidad de la planta, la Corte sostiene que el mero aumento potencial, sin que medie prueba que en los hechos acredite que la producción se incrementó en el período, es insuficiente para inferir que hay contaminación. La Corte rechaza además el índice diario que los recurrentes pretendieron como base de cálculo, sosteniendo que el período es anual. Y en cuanto a la evacuación de las aguas, el fallo recoge la prueba que habría demostrado que había sido reparado el defecto con anterioridad.

Hasta aquí los argumentos son procesales y técnicos. Pero el tercero es netamente constitucional. Este apunta a la función del recurso de protección y de los tribunales en general ante la institucionalidad ambiental. Dice el considerando 9°:

“Que, consecuentemente, a través del presente recurso se pretende que los tribunales de justicia reemplacen a la autoridad medioambiental en el ejercicio de sus funciones, sin que la acción constitucional deducida a fojas 1 haya sido dirigida en contra de la Corema X Región, que es el organismo que por ley está llamado a determinar si hay o no desviaciones a la Resolución de Calificación Ambiental”.

Esta argumentación es orgánica y, pese a exhibir un tinte procesalista, hace sentido, al menos en parte. Es decir, si efectivamente la

rez Márquez, profesor; don Temístocles Navarrete, empresario; Rubén Castillo Castillo, dirigente deportivo; Carlos Montullao Lienlaf, Presidente del Partido Radical San José de la Mariquina; José Araya Cornejo, profesor y don Juan Pablo Lazo Ureta, abogado.

¹² La Corte Suprema revocó la sentencia de primera instancia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 33/2005, de fecha dieciocho de abril de dos mil cinco.

¹³ El fallo cita a don EDUARDO SOTO KLOSS, *“El Recurso de Protección”*, Editorial Jurídica, 1982, pg. 257. En rigor, el rechazo de la tesis de los efectos permanentes proviene de que en este caso, los actos son materiales y no jurídicos. Así, el plazo comienza a correr cuando el afectado toma conocimiento de esos actos.

acción ilegal y arbitraria¹⁴ provino de Celco, y la ley impone a la Corema fiscalizar y sancionar esa acción, ese órgano también debió ser emplazado en el recurso.

El argumento no es sólido, en cambio, si lo que se pretende es excluir al recurso de protección en materias medioambientales solo porque existe una completa institucionalidad en la materia. Esa tentación despojaría de todo sentido al recurso y su rango constitucional, aunque en rigor la Corte no llegó a ese extremo.

Como sea, el recurso fue rechazado y la autoridad ambiental comenzó a recibir las fuertes presiones causadas por el fallo, su error de cita y la contaminación innegable del Río Cruces.

La mirada de la Corema se dirigió entonces, a la RCA N° 279, de 1998. La Corte Suprema afirmaba que no había sido incumplida por la empresa. En rigor, nuestra más alta autoridad judicial había resuelto que la RCA estaba siendo observada rigurosamente por el obligado a ello. Sin embargo, tenemos contaminación en el río. ¿Qué hacer? ¿Podría modificarse la RCA por otras razones distintas del incumplimiento?

3.2 Naturaleza de la resolución de calificación ambiental

Ante la Ley 19.880, la RCA es un acto administrativo pleno, que emana del procedimiento reglado contenido en la Ley 19.300. Asimismo, es un acto constitutivo de derechos, y no de gravamen¹⁵. La RCA habilita a su beneficiario el desarrollo de un determinado proyecto y la ejecución de determinados actos jurídicos y materiales, bajo las condiciones ambientales que contiene. Así, su titular adquiere el conjunto de derechos que hemos descrito.

¹⁴ Legalidad y arbitrariedad eran los requisitos copulativos exigidos a la fecha en que se interpuso el recurso según el inciso segundo del Art. 20 de la Constitución. Hoy, solo ilegalidad, por obra de las reformas constitucionales de la ley 20.050, de 2005.

¹⁵ Véase GARCÍA-TREVIJANO GÁRNICA, ERNESTO, *“Consideraciones sobre la revocación de los actos administrativos no declarativos de derechos y de gravamen”*, en Revista Española de Derecho Administrativo, N° 91, 1996, pags. 415-436. La distinción entre actos declarativos de derechos y de gravamen ha estado siempre presente en la doctrina y jurisprudencia administrativa para efectos de su estabilidad. García Trevijanos cita a VILLAR PALASÍ, en su obra de 1925, *“La Doctrina del Acto Confirmatorio”*, cuando dice “...la Administración, en todo caso, tiene la facultad para alterar el acto administrativo viciado cuando en él no se contenga una declaración de derechos, sino una privación de derechos al particular”. García-Trevijano, *op. cit.*, p. 418.

Esta precisión es relevante. Si se trata de un acto administrativo, cualquiera sea su naturaleza, pero en especial si confiere beneficios al administrado, su creación, modificación y extinción deberá regirse por lo previsto por la ley y por la Constitución para esa clase de actos.

Para Galindo Villarroel, la RCA es pura y simple o sujeta a condiciones, y es relativa: “solo autoriza el proyecto en la forma que fue evaluado” y “las actividades que no se incluyen en él no están evaluadas”¹⁶.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia aclaran, sin embargo, qué ocurre si las actividades han sido efectivamente evaluadas en el EIA y RCA, pero las variables ambientales tienen una evolución imprevista.

3.3 Tratamiento de los impactos ambientales no previstos. El debate sobre el rol de COREMA y CONAMA

Dispone el artículo 12, letras b y d, Ley 19.300, que el proponente debe incluir en su Estudio de Impacto Ambiental una línea de base, una predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto. Además, el proponente debe señalar las medidas de mitigación al impacto ambiental (letra e).

Emerge nuevamente la pregunta: si acaece un impacto ambiental no previsto en el EIA: ¿Qué tratamiento jurídico puede otorgársele?

Fluye del análisis del Caso Celco que CONAMA responde esta interrogante mediante el siguiente razonamiento: la responsabilidad del Estudio de Impacto Ambiental (en adelante EIA) recaería exclusivamente en el solicitante privado, en el administrado. Por consiguiente, la omisión de impactos por el solicitante en el EIA impedirá a la autoridad el añadir medidas correctivas al dictar la RCA. Así, como no podría premiarse a quien oculta efectos de su proyecto mediante un EIA deficiente, si ese estudio es imperfecto, la RCA podría lícitamente modificarse en forma sobreviniente por la autoridad administrativa ambiental.

Bajo esta perspectiva, el permiso ambiental subyacente a la RCA deviene enteramente precario.

¹⁶ GALINDO VILLARROEL, MARIO, *El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ante la Jurisprudencia, 1996-2000*, CONAMA, 2001. p. 137.

El planteamiento alternativo es diametralmente opuesto. Consiste en rechazar el rol pasivo del órgano estatal en la aprobación y en atribuir a este efectos vinculantes y estables a la RCA. Bajo este prisma, el privado presenta un EIA acucioso y predice hasta lo posible el comportamiento de las variables ambientales. La RCA es un acto administrativo constitutivo de derechos, que no puede ser modificado unilateralmente por la autoridad sin afectar derechos constitucionales relevantes, como la propiedad, el debido proceso, el derecho a desarrollar una actividad económica y otros. Por consiguiente, la evolución de las variables ambientales en forma distinta a lo previsto no autoriza a la invalidación o anulación de la RCA. Luego, la responsabilidad es compartida entre Estado y particular en dichas predicciones.

He aquí el conflicto desatado por el caso CELCO: estabilidad o precariedad de los permisos ambientales. ¿Cómo resolverlo?

En la misma disyuntiva, la Unión Europea impuso el principio de la *vigencia temporal de licencias ambientales*. Un plazo acotado que permite a la autoridad, de oficio, o al interesado introducir cambios en las exigencias, pero solo cada diez años¹⁷.

4. HERRAMIENTAS LEGALES DISPONIBLES PARA LA ALTERACIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO

4.1 Autotutela ejecutiva y la doctrina hasta 2003

Hasta 2003, la doctrina y la jurisprudencia rechazaban mayoritariamente la invalidación o revocación de un acto administrativo por parte de órganos del Estado. Soto Kloss ha sido el autor más prolífico en la denuncia de esta alternativa, calificándola de *autotutela ejecutiva*¹⁸. Nosotros hemos condenado igualmente este proceder, con ocasión de comentar otros fallos¹⁹.

¹⁷ Principio recogido por la Directiva 96/61, de la Comisión Europea.

¹⁸ El trabajo más temprano de don EDUARDO SOTO KLOSS, es "*La Invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno*", en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXV, N° 3, 1988, páginas 157-167. El último de los trabajos es posterior a la Ley 19.880, y de ahí su valor: *La Ley 19.880, sobre procedimientos administrativos, ¿"Aleluya" o "Miserere"?*, SOTO KLOSS, EDUARDO, en Ley 19.880, sobre Procedimientos Administrativos, Editorial Universidad Santo Tomás, 2003. pp 100-101.

¹⁹ Puede verse estos comentarios sobre autotutela en FERNANDOIS, ARTURO, *Informe Constitucional*, números 1.410, 9 de diciembre de 1.996, 1974, de 20 de abril de 1999 y 1.856, de 20 de octubre de 1998.

Acertadamente Soto Kloss subraya que si el Estado, por cualquier causa, altera los términos de un acto administrativo ya emitido, se está haciendo justicia por sí mismo. Una invalidación vulnera así el derecho de la persona a no ser juzgada por comisiones especiales, erigiéndose el órgano estatal en esa repudiada clase de comisión, al atribuirse la resolución de un conflicto, mediante el ejercicio de una jurisdicción que no le pertenece. Esta pertenece exclusivamente a los tribunales señalados en la ley (artículo 76° CPR). Los numerales 3° y 24° (propiedad del administrado de buena fe) del artículo 19° de la Constitución aparecen además infringidos en la modificación sobreviniente de actos administrativos.

Pero el 29 de mayo de 2003 fue publicada la Ley 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos. Este cuerpo legal vendría a remecer la tradición sobre la invalidación administrativa, puesto que, lejos de proscribirla, derechamente la admitiría, junto con la revocación de oficio y la revisión extraordinaria²⁰.

4.2 Ley 19.880 y la sentencia del Tribunal Constitucional

El severo impacto de comprobar que la propia Ley 19.880 acogió la técnica de la invalidación aún no cesa; su compatibilidad con la Constitución es fuertemente cuestionada en doctrina²¹.

Algunos sostienen que la invalidación habría aprobado el examen de constitucionalidad, porque el Tribunal Constitucional, al ejercer el control del proyecto de Ley 19.880, declaró a este constitucionales²².

Discrepamos de esta opinión. Los preceptos que introdujeron la invalidación no fueron controlados por el Tribunal Constitucional, y hasta la fecha aún no hay pronunciamiento alguno de la justicia, ni ordinaria ni especial, sobre el punto, que avale su constitucionalidad. Más bien, existen sentencias que limitan fuertemente esta facultad²³.

²⁰ Artículos 53, 60 y 61 de la Ley N° 19.880, que contienen la invalidación, la revisión administrativa extraordinaria y la revisión de oficio por la Administración.

²¹ ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN, *"La intangibilidad de los actos administrativos favorables como límite a la revocación e invalidación de oficio"*, en Ley 19.880 sobre Procedimientos Administrativos, *op. cit.*, página 63.

²² Tribunal Constitucional, sentencia rol n° 374, de fecha 13 de mayo de 2003, en control forzoso del denominado "Proyecto de Ley que Fija las Bases de los Procedimientos que rigen los Actos de la Administración del Estado".

²³ Véase sentencia de la Corte Suprema (primera sala) de 10 de septiembre de 2003, rol N°3125-03, que dejó sin efecto la invalidación emanada del Ministerio de Educación, por vulnerar derechos de terceros ingresados a su patrimonio. La sentencia alude expresamente a la en aquel momento recientemente dictada Ley 19.880.

Como consta del considerando primero de la sentencia, el Tribunal Constitucional solo controló los artículos 33° y 63° del proyecto de ley, ambos de quórum de ley orgánica constitucional por referirse a procedimientos judiciales²⁴.

Ni la *invalidación*, ni la *revocación* ni la *revisión extraordinaria* fueron controladas en su constitucionalidad, y caben aún severas dudas sobre su armonía con la Carta Fundamental. Empero, por encontrarse vigentes y ser relevantes para el caso Celco, las revisaremos.

4.3 Instrumentos propios de la legislación administrativa general (Ley 19.880):

Es así como, frente a la necesidad de modificar un acto administrativo ambiental como la RCA, la Ley 19.880 contiene las siguientes figuras: a) la revisión extraordinaria; b) la revocación; c) la invalidación; y d) las medidas provisionales.

Desde luego, esta legislación alcanza y vincula a la Conama y a la Corema, como entes pertenecientes a la Administración del Estado, todo según los artículos 1° y 2° de Ley 19.880, en concordancia con art. 1° Ley 18.575.

a) Recurso extraordinario de revisión administrativa (Art. 60, Ley 19.880)

La lógica de este recurso es similar a la que inspira al recurso de revisión procesal del artículo 810 Código de Procedimiento Civil. Es decir, es la solución administrativa ante el *fraude*, como antecedente de un acto administrativo. Un tercero es quien interpone el recurso contra actos administrativos firmes. Las causales son las siguientes: i. "*Manifiesto error de hecho*" determinante para decisión adoptada o bien que "*aparecieren documentos de valor esencial para la decisión tomada*" ignorados al dictarse el acto. ii. "*Prevaricación, violencia, cohecho u otra maquinación fraudulenta*" como

²⁴ El Considerando primero de la sentencia del Tribunal Constitucional expresó: "PRIMERO. Que, por oficio N° 22.078, de 29 de abril de 2003, complementado por certificado de su Secretario General, el Senado ha enviado el proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que fija las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración del Estado, a fin de que este Tribunal, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 82, N° 1°, de la Constitución Política de la República, ejerza el control de constitucionalidad respecto de sus artículos 33 y 63".

antecedentes del acto, así declarado por sentencia ejecutoriada. iii. “*Documentos declarados falsos por sentencia ejecutoriada*”, antes o después del acto, pero que han influido en él.

La revisión extraordinaria queda por consiguiente descartada como vehículo para modificar un acto administrativo ambiental otorgado en circunstancias normales. Su filosofía inspiradora es reparar el fraude, el delito. Es el caso de la prevaricación, la falsedad de instrumentos, el cohecho y la violencia. Se trata derechamente de delitos. En tanto, el manifiesto error de hecho o los documentos esenciales que aparecieren con posterioridad son circunstancias del todo excepcionales; trátase de documentos *esenciales* y errores *manifiestos*, no asimilables al cuadro que buscamos, esto es, a meros cambios en las variables ambientales que evaluó la RCA.

Por último, es esencial a la revisión el que un tercero la solicite, quedando vedado al órgano actuar de oficio.

b) Revisión de oficio de la administración (Revocación). Art. 61, Ley 19.880

La lógica de este instrumento consiste en que actúa el mismo órgano estatal que dictó el acto administrativo que se busca revocar. El verbo rector es “revocar” y, dada su unilateralidad, opera con amplias restricciones²⁵. Nos parece, en cualquier evento, incompatible con derechos adquiridos.

Su procedencia es en definitiva muy excepcional, como se deduce de las exclusiones de la ley. No procederá entonces, i. Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente. ii. Cuando la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos; o iii. Cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto.

Lo interesante de la revocación es el bien jurídico enunciado por el legislador al excluirla: *la adquisición de derechos por causa de actos administrativos* creadores de los mismos. Aquí hay un expreso reconocimiento al derecho de propiedad incorporal del artículo 19 N° 24 de la Constitución, de que es titular el administrado. ¡Cuánta

²⁵ Para GARCÍA-TREVIANO, por *revocación* debe entenderse en su sentido amplio, “acaparador, en definitiva, tanto de la retirada del acto del mundo jurídico por motivos de legalidad como de oportunidad”. García-Trevijano, Ernesto, *op. cit.*, p. 416.

razón tenía Soto Kloss! La ley reconoce finalmente en 2003 la barrera constitucional ante la autotutela ejecutiva.

Nítidamente, la revocación administrativa no es apta para dejar sin efecto o modificar una Resolución de Calificación Ambiental. Siguiendo a Galindo, la RCA es creadora de derechos, porque autoriza a su titular para ejecutar su proyecto, en las condiciones que contiene²⁶.

c) La invalidación. Art. 53, Ley 19.880. Su inconstitucionalidad manifiesta

Esta es el mecanismo que presenta mayores incompatibilidades con la Constitución. Su lógica es autorizar al propio órgano que emitió un acto administrativo, a dejarlo sin efecto por la causal genérica de “ser contrario a Derecho”. Es decir, aparecen como potenciales actos invalidables –por la propia Administración– aquellos que a juicio de la misma Administración contraríen la ley y sus principios, esto es, sean “contrarios a Derecho”.

Como se ve, el que califica si el acto se ubica en esta vaga causal, es la propia Administración. Procede de oficio o a petición de parte, con dos gruesas limitaciones formales: “previa audiencia del interesado” y “dentro de dos años desde la notificación o publicación del acto”.

Es decir, se ha creado un largo plazo, casi de prescripción ordinaria ante la ley civil, dentro del cual el acto administrativo permanece completamente inestable, precario, imperfecto. Basta un requisito formal, el mero emplazamiento del interesado, y el órgano tiene la vía legal despejada para ¡invalidar un acto administrativo que puede tener casi dos años de emitido!

Casi como para tranquilizar su conciencia constitucional, el legislador insertó en el inciso final del artículo 53° una frase meramente lírica, carente de todo efecto jurídico: “*el acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los tribunales de justicia, en procedimiento breve y sumario*”. Este es un resguardo meramente genérico, sobreadundante, que solo reitera principio un general del derecho constitucional y propio de la Ley 18.575²⁷: la impugnabilidad de los actos administrativos ante los tribunales de justicia.

²⁶ GALINDO VILLARROEL, MARIO, *op. cit.*, pp.45-51

²⁷ Artículo 3°, inciso segundo, Ley 18.575.

Cabe formular de inmediato tres reproches constitucionales a la Invalidación.

En primer lugar, vulnera esta el principio de la *exclusividad de la jurisdicción* propio de los Tribunales del Poder Judicial. Art. 76° CPR. La Administración se arroga facultades jurisdiccionales para el caso que invalidación resulte controversial por oposición del interesado. Como ha venido la Corte Suprema aclarando en sus fallos²⁸, estos tribunales deben ubicarse fuera de la esfera del Poder Ejecutivo, so pena de infringir el principio del derecho al juez natural, imparcial, propio del artículo 19 N° 3, inciso cuarto de la Carta Fundamental. Los incentivos, amovilidades y remuneraciones del funcionario estatal son incompatibles con la neutralidad e inamovilidad propia del Poder Judicial.

Luego, la invalidación amaga el derecho al debido proceso legal. En concreto, vulnera el derecho al procedimiento racional y justo que provee el Art. 19 N°3, inciso 5° de la CPR. La alusión a una mera “audiencia del interesado” es insuficiente para asegurar derecho a la defensa, como fácilmente se comprende. Aquí no se garantiza una oportunidad para presentar una defensa propiamente tal, ni pruebas; basta comparecer a una audiencia.

Finalmente, la invalidación tolera la privación de los derechos adquiridos por el administrado, ese mismo bien jurídico inalcanzable por la revocación del artículo 61 de la Ley 19.880, pero ahora incomprensiblemente omitido. Nuevamente el artículo 19 N° 24 del Código Máximo aparece tocado.

d) Medidas provisionales (Art. 32, Ley 19.880)

Regresando a nuestro dilema ambiental, la legislación administrativa dispone de un último instrumento a considerar en principio en el caso Celco y la necesidad de enmendar la RCA de 1998 con pleno apego al Estado de Derecho. Se trata de las medidas provisionales del artículo 32 de la Ley 19.880.

Su lógica es “asegurar la eficacia de la decisión” administrativa. Pueden decretarse durante el procedimiento o incluso antes de iniciado, en casos urgentes.

²⁸ Véase fallo de inaplicabilidad, Corte Suprema, pleno, rol 882-2004, “CMPC Celulosa S.A.”. Por tercera vez, el máximo tribunal declaró aquí inconstitucional el artículo 116° del Código Tributario.

En rigor, no hay aquí espacio jurídico para modificar por esta vía la Resolución de Calificación Ambiental que aprueba el EIA. Ello porque las medidas provisionales, como su nombre lo indica, solo caben cuando se encuentra pendiente el procedimiento administrativo y no cuando este ha concluido por la dictación de su acto final, creador de derechos, como es la RCA.

4.4 La legislación ambiental ante el cambio en las variables ambientales de la RCA

Así como la ley administrativa sorprende con instrumentos que pugnan con la estabilidad de los actos, la legislación ambiental, más técnica y precisa, carece de esa clase de instrumentos.

En efecto, la Ley 19.300 y el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental solo operan sobre la lógica de fiscalización y sanciones. Esto es, más que un seguimiento de las variables ambientales de la RCA, practica sanciones a los incumplimientos de las obligaciones establecidas en ellas.

Es así como el artículo 64° de la Ley 19.300 faculta para la fiscalización cumplimiento normas y condiciones que fueron base para la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA). Autoriza para imponer multas de hasta 500 UTM y para la revocación de la RCA, pero por efecto de su incumplimiento. Es decir, esta herramienta no faculta a la Corema para enmendar esas normas y condiciones.

A nivel reglamentario, el artículo 64 del Reglamento del SEIA contiene el llamado Plan de Seguimiento Ambiental²⁹. Este tiene por objeto fiscalizar y sancionar a quien incumpla las normas bajo las cuales se aprobó el EIA y emitió la RCA. En suma, el seguimiento

²⁹ El artículo 64° del Reglamento dispone: "El Plan de Seguimiento Ambiental de un proyecto o actividad tiene por finalidad asegurar que las variables ambientales relevantes que dieron origen al Estudio de Impacto Ambiental evolucionan según lo establecido en la documentación que forma parte de la evaluación respectiva". A su vez, el artículo 65° dice: "Corresponderá a los organismos del Estado que, en uso de sus facultades legales, participan en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, fiscalizar el permanente cumplimiento de las normas y condiciones sobre la base de las cuales se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental o se aceptó la Declaración de Impacto Ambiental. En caso de incumplimiento, dichas autoridades podrán solicitar a la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, en su caso, la amonestación, la imposición de multas de hasta quinientas unidades tributarias mensuales e, incluso, la revocación de la aprobación o aceptación respectiva, sin perjuicio de su derecho a ejercer las acciones civiles o penales que sean procedentes.

está atado al EIA y sus circunstancias. Ellas son las que se monitorean, aún en su evolución. Así, el Plan de Seguimiento no autoriza para el cambio de las normas, parámetros y variables ambientales envueltas en un Estudio de Impacto Ambiental.

Hasta aquí, el tema central de este trabajo parece claro. La RCA no puede dejarse sin efecto por aplicación de la Ley 19.300 y de su reglamento. ¿Podría serlo por aplicación de la invalidación administrativa general de la ley 19.880?

5. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y SU NUEVA DOCTRINA: DICTAMEN 20.477, DE 2003

Con fecha 20 de mayo de 2003, la Contraloría General de la República cambia su precedente y emite su Dictamen 20.477, solicitado por los directores ejecutivos de la Conama y de la Corema Metropolitana.

El Dictamen 20.477 vendría a dejar sin efecto otro dictamen anterior y muchos años de doctrina favorable a la estabilidad de los actos administrativos³⁰.

La nueva opinión jurídica del ente contralor comienza por reconocer: a) que el procedimiento ambiental del SEIA es reglado y no discrecional; b) que la incorporación de trámites no previstos infringe principio de juridicidad; c) que la modificación de acto administrativo infringe asimismo el principio de juridicidad (para lo cual invoca jurisprudencia administrativa desde 1969 a 2002).

Empero, el Contralor estima que aun con este marco de estabilidad, en caso de vicios de legalidad en el acto, o bien supuestos erróneos, “la autoridad administrativa debe proceder a la invalidación, total o parcial, del respectivo acto, retrotrayéndose, en lo pertinente, la situación al estado que corresponda”.

Tres argumentos jurídicos ofrece el Contralor en abono de la posibilidad de modificar de la Resolución de Calificación Ambiental. En

³⁰ La Contraloría dejó a su vez sin efecto el Dictamen N° 52.241 de 2002, mediante el cual se resolvió que las Comisiones Regionales del Medio Ambiente, la Dirección Ejecutiva y el Consejo Directivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente carecían de atribuciones para modificar una resolución de calificación ambiental sin someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, fundándose en que ese acto administrativo es el resultado de un procedimiento normado y cuyos efectos se encuentran contemplados por la propia Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

primer lugar, recurre a la *invalidación*, como tradición en la jurisprudencia CGR. En segundo lugar, reitera que la *modificación de proyecto* envuelve una nueva evaluación de impacto ambiental y modificación de la Res. Calificación Ambiental (art. 2, letra d) reglamento). Y finalmente, admite que la modificación es posible en función del llamado *plan de seguimiento*, del artículo 63° del Reglamento del SEIA.

Este último argumento nos parece especialmente desnudo de fundamento jurídico, a diferencia de la invalidación, que al menos exhibe una cuestionada pero concreta fuente legal³¹.

Repasemos ahora los reparos al Dictamen 20.477.

6. DERECHOS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ENVUELTOS EN MODIFICACIONES UNILATERALES DE LA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL

El Dictamen 20.477 vino a traer precariedad, inestabilidad e incerteza al derecho ambiental. Lo que el Contralor propone para la Resolución de Calificación Ambiental está vedado por la Constitución no solo para ese permiso administrativo específico, sino para todos los actos administrativos declarativos de derechos.

³¹ El Dictamen transfiere por esta vía íntegramente al particular la responsabilidad de los eventos ambientales inciertos a través de los años. Las evoluciones de las variables ambientales en forma distinta a lo previsto en la RCA, harían de suyo inestable ese acto administrativo, independientemente de si el EIA fue acucioso o no, al margen de la buena o mala fe del administrado, etc. Dice el Contralor: *“En efecto, la figura del plan de seguimiento carecería de sentido si no importara la facultad de la autoridad correspondiente de adoptar –una vez constatada la circunstancia de que las variables ambientales relevantes tenidas en consideración al momento de dictar la resolución de calificación ambiental que aprueba un estudio, no han evolucionado del modo esperado– las medidas que, dentro de su competencia, resulten necesarias para, por la vía de modificar la resolución, procurar que tales variables ambientales efectivamente evolucionen en la forma prevista.*

Lo anterior, máxime si se considera que, de acuerdo con la normativa, la resolución que califica ambientalmente un proyecto en forma favorable lo hace precisamente considerando que las variables ambientales relevantes evolucionarán de una determinada manera, y si ello no ocurre con motivo de la ejecución del proyecto no puede sino concluirse que será menester implementar las correcciones del caso.

Ahora bien, sin perjuicio de que la ley no regula la forma en que se deben adoptar las medidas, debe señalarse que, por aplicación de principios generales, naturalmente la autoridad podrá obrar de oficio o a petición de terceros, y previo los informes de los organismos de la Administración del Estado con competencia ambiental pertinentes y por cierto del titular del proyecto, con el exclusivo propósito de cautelar las variables ambientales en riesgo”. Dictamen 20.477.

6.1 El acto declarativo ajustado a derecho no puede invalidarse

Es la opinión de la doctrina nacional y extranjera. En primer lugar, a nivel legal el Dictamen es equivocado porque el artículo 53° de la Ley 19.880 solo admite la invalidación por “actos contrarios a derecho” y no por “supuestos errados”. De consiguiente, el regulador debe identificar un vicio, una falla jurídica, una omisión que haga irregular, írrita o ilegal la resolución administrativa. El mero cambio en las circunstancias de hecho no es suficiente, ni podría serlo, para hacer desaparecer el acto que ha constituido lícitamente derechos en el administrado. Recuérdese que este es un requisito expreso de la misma ley, ineludible para Contraloría, Corema y Conama.

Ahora, si la invalidación se pretende por motivos de mera oportunidad, entonces desaparece la invalidación y nos trasladamos en rigor al plano de la revocación, la que aparece expresamente prohibida por el artículo 61° de la propia Ley 19.880, para “*cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente*”. En consecuencia, el legislador viene a consagrar lo ya reconocido hace mucho en la doctrina española, en cuanto a que si el acto es regular, debe exigirse una indemnización para la alteración del acto. García-Trevijano afirma: “*más cautos se debe ser al afirmar dicha posibilidad de revocación por motivos de oportunidad, posibilidad que, al menos en términos generales, debe admitirse siempre que concurren los requisitos exigidos para hacer viable dicha revocación (cobertura legal en su caso, razones de interés público acreditadas, indemnización si procediera, etc)*”³².

Pero aun si la RCA fuese dictada con infracción de ley, Soto Kloss opone el famoso principio del *nemo auditur turpitudinem propriam allegans* (la torpeza la Administración solo la perjudica a ella)³³. Si la Administración participó, cohonestó y aprobó el acto ilegal, ¿debe pagar el particular por ello, o solo el Estado soportar las consecuencias de ese error, torpeza o negligencia? Hace sentido acoger esta última idea.

6.2 Exclusividad de jurisdicción y debido proceso

Pero otros principios constitucionales caen vulnerados por la doctrina subyacente al Dictamen de Contraloría en el caso Celco. Hemos

³² GARCÍA-TREVIJANO, JAVIER, *op. cit.*, p. 416.

³³ SOTO KLOSS, EDUARDO, *op. cit.*, p.101

hablado del principio de la *exclusividad de la jurisdicción* para los tribunales de justicia (artículo 76° de la CPR). Bermúdez Soto se pregunta, para el caso de que la Administración pretenda la invalidación una vez transcurridos los dos años previstos por la Ley 19.880: “*Ya que cabe preguntarse si podría la Administración invalidar su propio acto ante el juez. Es decir, resultaría jurídicamente plausible plantearse un Fisco con Fisco? Evidentemente, si no interviene un particular solicitando la nulidad del acto administrativo, cabe preguntarse acerca de cómo podría la Administración del Estado impugnar ante el juez su propio acto?*”³⁴.

La pregunta es más exigente aún. ¿Es constitucionalmente aceptable que, aun dentro de los dos años del artículo 53° de la ley, un órgano del Estado proceda a dejar sin efecto un acto administrativo, perfectamente regular y ajustado a derecho, cuando el particular afectado controvierte y resiste esa invalidación? ¿Puede una cuestión irrefutablemente jurisdiccional resolverse por el mismo interesado en invalidarla? ¿Se puede ser juez y parte?

La respuesta es negativa. No lo impiden solo la exclusividad de la jurisdicción en manos de los tribunales, sino el derecho fundamental al debido proceso, al juez natural e imparcial del artículo 19 N° 3, incisos cuarto y quinto de la Constitución. Finalmente, si la invalidación despoja al particular aquellos derechos emanados del acto, vulnerase también el derecho de propiedad (art. 19 N° 24 CPR).

6.3 Confianza legítima, más que derechos adquiridos

Ante tantos indicios de inestabilidad jurídica, la doctrina europea desarrolló el *principio de confianza legítima*. Ante la insuficiencia del gastado, ambiguo y pretérito principio de los *derechos adquiridos*, surge otro parámetro vinculante para el Estado. El abuso de la idea de las *meras expectativas*, difundidas como el estado natural de la vida jurídica, manipuladas para jamás transformarlas en derechos, da paso a un instrumento más eficiente.

Entre nosotros, Bermúdez afirma que este principio se deduce “de los principios constitucionales de Estado de Derecho y Seguridad Jurídica”, y recuerda que está reconocido en la ley alemana de procedimiento administrativo. Acierta el autor cuando subraya que

³⁴ BERMÚDEZ SOTO, El Principio de Confianza Legítima, *op. cit.*, p. 83.

el principio apunta a definir los límites más que la existencia, de la facultad de la Administración de revisar sus propios actos³⁵.

Aróstica cita al menos 11 sentencias de la Corte Suprema en los últimos años que respaldan la intangibilidad de los contratos ante la Administración y por esa vía –agregamos– la confianza legítima³⁶.

Llama especialmente la atención aquel fallo de 10 de septiembre de 2003, en que la Corte Suprema, estando ya vigente la Ley 19.880, defendió los derechos del administrado ante un intento de invalidación. Dijo:

“Que, (...) si bien se ha sostenido desde antiguo, aparece expresamente recogido (el principio) en los artículos 13 inciso final y 61 de la Ley 19.880, publicada en el Diario Oficial de 29 de mayo de 2003, en cuanto señala el primero que la Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afecten intereses de terceros y, el segundo, que la revocación de los actos administrativos no procederá cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente”³⁷.

En suma, el principio de confianza legítima apunta a cobijar al administrado ante una alteración imprevisible de las normas que lo rigen. Afirma Aníbarro Pérez que *“el requisito esencial para que la protección de la confianza legítima de los afectados resulte oponible a situaciones de retroactividad normativa, ya sea auténtica o impropia, es el de la falta de previsibilidad del cambio normativo”³⁸.*

Apunta Sarmiento que en Inglaterra el principio se construye sobre los llamados estándares *“Wednesbury”* y *“estoppel by representation”*. Si interviene un acto generador de confianza y luego sucede su revocación ¿Es tan irrazonable que ninguna autoridad razonable lo hubiera adoptado³⁹.

En definitiva, la confianza legítima como defensa de la estabilidad jurídica se traduce en el *principio de proporcionalidad* en Alemania, y en el *Substantive Due Process* en Estados Unidos⁴⁰. Trátase, todos

³⁵ BERMÚDEZ SOTO, *op. cit.*, p. 83.

³⁶ ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN, *“La Intangibilidad de los actos administrativos favorables como límite a la revocación e invalidación de oficio”*, en Ley 19.880 sobre Procedimientos Administrativos, Ed. Universidad Santo Tomás, 2003, pg. 63.

³⁷ Corte Suprema, rol 3125, 2003, primera sala, apelación protección, 10-9-2003.

³⁸ ANÍBARRO PÉREZ, SUSANA, El principio de la confianza legítima como límite al Poder Legislativo en materia tributaria, *op. cit.*, p. 400.

³⁹ SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, El principio de confianza legítima..., *op. cit.*, p. 248.

⁴⁰ Véase BARNES, JAVIER, *Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*, en Revista de Administración Pública, N° 135 (Sevilla, 1994), p. 500.

ellos, de encarnaciones de las modernas exigencias de estabilidad y certeza en Estado de Derecho que modela el Derecho Constitucional universal.

7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

- a) El derecho ambiental chileno debe someterse integralmente a las exigencias de la Constitución y de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo. La Conama, Corema, así como la Contraloría General de la República, están sometidas a los parámetros generales aplicables a todos los demás órganos estatales y ramas del derecho.
- b) La sentencia de la Corte Suprema en el caso Celco, a pesar de su visible y polémico error de cita, es acertada, solo en cuanto no pretenda excluir por principio el recurso de protección de materias ambientales con el pretexto de existir una amplia institucionalidad administrativa sectorial.
- c) La legislación ambiental básica –Ley 19.300 y Reglamento SEIA– no confieren facultades especiales a la autoridad ambiental para modificar o dejar sin efecto una Resolución de Calificación Ambiental.
- d) El Dictamen 20.477 de la Contraloría General de la República (2003), que habilitó a la Corema para modificar las resoluciones de calificación ambiental, alteró la propia jurisprudencia administrativa de la Contraloría, desatendió gravemente la Ley 19.880 e infringió los artículos 7°, 19 N°3 y 24° y 76° de la Constitución.
- e) Los órganos del Estado no pueden ni invalidar ni revocar actos administrativos cuanto estos han creado derechos para los particulares, so pena de vulnerar el principio universal de la confianza legítima, de la intangibilidad de los derechos de los particulares. Así ya lo ha declarado la Corte Suprema en recientes fallos en materia educacional y urbanística.
- f) El derecho ambiental debe promover una delicada armonía entre inversión y desarrollo sustentable, en la que la estabilidad de las regulaciones es determinante para el Estado de Derecho en lo jurídico y para el sano y vigoroso emprendimiento en lo económico.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ANÍBARRO PÉREZ, SUSANA, *"El principio de protección de la confianza legítima como límite al Poder Legislativo en materia tributaria"*, en Revista Española de Derecho Financiero, N°119, 2003.
- ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN, *"La Intangibilidad de los actos administrativos favorables como límite a la revocación e invalidación de oficio"*, en Ley 19.880 sobre Procedimientos Administrativos, Ed. Universidad Santo Tomás, 2003.
- BARNES, JAVIER, *Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario*, en Revista de Administración Pública, N° 135 (Sevilla, 1994).
- BERMÚDEZ SOTO, JORGE, *El principio de la confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria*, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Vol. XVIII, N° 2.
- CASS, RONALD, DIVER, COLIN, Y BEERMANN, JACK, *Administrative Law - Cases and Materials*, Aspen Law and Business, New York, 2002.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, RAMÓN, *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIII, N° 3.
- FERNANDOIS, ARTURO, *Informe Constitucional*, número 1410, de 1996, 1856, de 1996 y 1974, de 1999. Ediciones Informe Constitucional.
- FUNK, WILLIAM Y SEAMON, RICHARD, *Administrative Law*, Aspen Law and Business, New York, 2001.
- GALINDO VILLARROEL, MARIO, *El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ante la Jurisprudencia, 1996-2000*, CONAMA, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *El principio de la protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, en Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación, N° 33, 2003.
- GARCÍA-TREVIANO GARNICA, ERNESTO, *"Consideraciones sobre la revocación de los actos administrativos no declarativos de derechos y de gravamen"*.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Valparaíso, Editorial Universitaria, 2001.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, DANIEL, *El principio de confianza legítima en el Derecho inglés: la evolución que continúa*, en Revista Española de Derecho Administrativo, N° 114, 2002.
- SOTO KLOSS, EDUARDO *"El Recurso de Protección"*, Editorial Jurídica, 1982.
- SOTO KLOSS, EDUARDO es *"La Invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno"*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXV, N°3, 1988.
- SOTO KLOSS, EDUARDO: *La Ley 19.880, sobre procedimientos administrativos, ¿"Aleluya" o "Miserere"?*, Editorial Universidad Santo Tomás, 2003.

El caso Consorcio 2 - Banco de Chile: Información privilegiada y potestad sancionadora de la administración



JOSÉ MIGUEL RIED UNDURRAGA*

*Profesor de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile*

RESUMEN EJECUTIVO

Al resolver el caso Penta - Banco de Chile la sentencia de primera instancia se pronunció sobre algunos importantes tópicos en el área de la información privilegiada y sobre la facultad sancionatoria que tienen los órganos de la administración pública. La sentencia, confirmada en segunda instancia, entrega argumentos novedosos para determinar qué debe entenderse por información y por qué debe interpretarse en forma restrictiva la prohibición para usar información privilegiada. Además, hace un interesante análisis respecto de la facultad sancionatoria de los órganos de la administración pública concluyendo que, para que el Ejecutivo pueda aplicar penas, es necesario acreditar la concurrencia de culpa o dolo. La Corte Suprema, sin embargo, rechazó los primeros argumentos y no se pronunció sobre el tercero. En este trabajo se analizan las fortalezas y debilidades de estas sentencias y se concluye que la Corte Suprema se equivocó al no recoger los argumentos del tribunal de primera instancia respecto a cómo debe interpretarse la prohibición del uso de información privilegiada y al evitar entrar en uno de los aspectos más relevantes de la potestad sancionatoria administrativa.

SUMARIO

1.- Introducción. 2.- Los Hechos. 3.- El Derecho. 4.- Los Argumentos de la Corte: Comentarios. 4.1.- El uso de la información no fue doloso o culposo. 4.2.- No había una relación fiduciaria entre la fuente de la información y los que la emplearon. 5.- Conclusiones. 6.- Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El 27 de octubre de 2005 la Corte Suprema acogió un recurso de casación presentado por la Superintendencia de Valores y Seguros, “la SVS”, en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que fallaba el llamado caso “Consorcio-Banco de Chile”.

* Mis agradecimientos a los profesores Juan Pablo González Molina y Álvaro Fernández Díaz, por su colaboración en temas de derecho penal.

La Corte de Apelaciones de Santiago había confirmado en septiembre de 2004 la sentencia del 20° Juzgado Civil de Santiago que acogió el reclamo presentado por los señores Patricio Parodi, Eduardo Fernández, Juan José MacAuliffe, Juan Hurtado, Carlos Eugenio Lavín y Carlos Alberto Délano, en contra de una multa que les había aplicado la SVS, por 1.000 Unidades de Fomento a cada uno.

La SVS aplicó las multas referidas a estas personas, todos ejecutivos de las empresas que conformaban el pacto de accionistas controlador del Banco de Chile, por estimar que habían hecho uso indebido de información privilegiada al comprar acciones emitidas por el Banco de Chile, a sabiendas de que el señor Luksic planeaba aumentar considerablemente su participación accionaria en dicho banco.

2. LOS HECHOS

Siguiendo exclusivamente lo señalado en las sentencias de primera instancia y de la Corte Suprema, los hechos de este caso consistieron en que, el día 30 de noviembre de 2000, los señores Andrónico Luksic y Francisco Pérez, controlador y gerente general de Quiñenco S.A., respectivamente, se reunieron con los señores Carlos Alberto Délano y Carlos Eugenio Lavín, del grupo empresarial Penta, que a su vez era miembro del pacto controlador del Banco de Chile, para comunicarles que el grupo Luksic iba a dejar de ser un accionista pasivo del Banco de Chile y que estaba interesado en aumentar su participación accionaria en este. Quiñenco S.A., una empresa del grupo Luksic, era en esa época un importante accionista del Banco de Chile y del Banco Edwards. El señor Luksic manifestó, además, que su interés consistía en comprar un 8% adicional de acciones del Banco de Chile, indicando un precio referencial de \$50 por acción de SM-Chile serie B y en incorporar a dos directores de su confianza al directorio del Banco de Chile. A la reunión asistió también el señor Leonidas Vial, de Larraín Vial.

Los días 2 y 3 de diciembre de 2000, los señores Délano y Lavín informaron a los demás miembros del pacto controlador del Banco de Chile, lo que el señor Luksic les había comunicado. Ante esto el grupo Consorcio, miembro de dicho pacto, decidió comprar acciones del Banco de Chile como forma de consolidar su control, aumentando su participación de un 3,5% a un 10%. El grupo Consorcio había manifestado previamente su interés estratégico en

aumentar su inversión en el Banco de Chile. El día lunes 4 de diciembre de 2000, Consorcio Corredores de Bolsa S.A. ejecutó una orden de Compañía de Seguros de Vida Consorcio Nacional de Seguros S.A., para comprar 375.000.000 de acciones de Banco de Chile y de cada una de las series de SM-Chile a \$50 por acción serie B de SM-Chile.

La SVS ordenó la suspensión de la cotización y transacción de las acciones Banco de Chile y SM-Chile a partir de las 15.59 horas de ese día y hasta las 12.00 horas del día siguiente, por lo que solo se pudo cumplir un 14% de dicha orden.

El precio de cierre de la acción SM Chile B el día viernes 1 de diciembre de 2000 había sido de \$41. El lunes 4 de diciembre, la acción cerró a \$50.

El 6 de diciembre de 2000 se iniciaron negociaciones directas entre el grupo Luksic y el Pacto Controlador, las que culminaron con la compra efectuada por una filial de Quiñenco S.A., de todas las acciones del Pacto Controlador, a un precio de \$60 por acción, para luego fusionar el Banco de Chile con el Banco Edwards, operación que se concretó entre los meses de diciembre de 2000 y enero de 2001.

3. EL DERECHO

La información privilegiada está tratada, fundamentalmente, en el Título XXI de la Ley 18.035 sobre Mercado de Valores. La materia está regulada principalmente en los artículos 164 y el 165 de dicha ley, que dan un concepto bastante amplio de información privilegiada y establecen ciertas obligaciones y prohibiciones para aquellas personas que “en razón de su cargo, posición, actividad o relación” tengan acceso a ella. Transcribo a continuación estos artículos:

Art. 164. Para los efectos de esta ley, se entiende por información privilegiada cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley.

También se entenderá por información privilegiada, la que se tiene de las operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores.

Art. 165. Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tenga acceso a información privilegiada, deberá guardar estricta reserva y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno, ni adquirir para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea información privilegiada.

Asimismo, se les prohíbe valerse de la información privilegiada para obtener beneficios o evitar pérdidas, mediante cualquier tipo de operación con los valores a que ella se refiera o con instrumentos cuya rentabilidad esté determinada por esos valores. Igualmente se abstendrán de comunicar dicha información a terceros o de recomendar la adquisición o enajenación de los valores citados, velando para que esto tampoco ocurra a través de subordinados o terceros de su confianza. [...]

4. LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE: COMENTARIOS

La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia, que había acogido el reclamo en contra de la multa de la SVS basándose, entre otros argumentos, en que: (a) el uso de la información no fue doloso o culposo y (b) no había una relación fiduciaria entre la fuente de la información y los que la emplearon.

La Corte Suprema no se pronunció respecto del primer argumento y desestimó el segundo. A continuación presento un análisis de estos fundamentos, por parecerme que son los más relevantes desde un punto de vista jurídico.

4.1 El uso de la información no fue doloso o culposo

Las sentencias de primera y segunda instancia establecieron que, para aplicar las sanciones, se debió haber acreditado una utilización engañosa de la información o la existencia de dolo o culpa en las conductas de los sancionados. *“Es necesario agregar la necesaria existencia de dolo o culpa para que nazca la pretendida responsabilidad en los sujetos que han sido sancionados”*. *“[...] no podría presumirse la existencia de dolo, como lo ha efectuado la Superintendencia, al otorgarle el carácter objetivo a las infracciones al artículo 165 de la Ley de Mercados y Valores; más aun cuando la disposición establece una sanción, lo que en definitiva constituiría una infracción a la garantía constitucional*

establecida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República”¹.

La SVS, por su parte, había sostenido que *“nuestra legislación positiva recoge un criterio objetivo para delimitar la entidad de la información que pueda tener el carácter de privilegiada”*.

El tema es de gran relevancia, ¿puede un órgano de la administración pública imponer sanciones administrativas sin someterse a los principios generales del derecho penal?

Uno de estos principios generales es que no hay delito sin dolo. El dolo es el conocimiento de los elementos que integran la conducta prohibida, acompañado por la voluntad de realizarla o, al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la acción voluntaria².

Para que exista un delito y, por lo tanto, una sanción, es necesario que dicho delito haya sido cometido voluntariamente o, por lo menos, en forma negligente, con culpa, de manera tal, que las consecuencias del delito le pertenecen a su autor. Para que concurra el dolo, se necesita que *“al momento de ejecutar la acción el agente debe querer la realización de todo el hecho típico”³*.

No basta con incurrir en una conducta prohibida: es necesario actuar con dolo, es decir, el autor debe haber querido positivamente el resultado del delito, o por lo menos aceptar que se produjera⁴. Por ejemplo, si yo me apodero de un bien ajeno, con la convicción de que es mío, no he cometido hurto, pues falta el elemento subjetivo del dolo, lo que excluye el delito.

Sin perjuicio de lo anterior, el Código Penal, en su artículo 20 parece sustraer del ámbito de estas reglas generales del derecho penal a las sanciones que aplican los órganos de la administración de Estado. El referido artículo dispone que *“no se reputan penas [...] las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”*.

¹ La referencia debe entenderse hecha a la garantía constitucional del artículo 19 N° 3 *“La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”*.

² CURY URZÚA, ENRIQUE, *“DERECHO PENAL, PARTE GENERAL”*. Ediciones Universidad Católica de Chile (2005). P. 303.

³ CURY URZÚA (n.2), P. 315.

⁴ ETCHEBERRY, ALFREDO, *“DERECHO PENAL, PARTE GENERAL”*. Carlos E. Gibbs A., Editor. Pág. 273.

Parte de la literatura chilena ha considerado que esta norma traza una frontera categórica entre las penas criminales y las sanciones administrativas, que impide aceptar la existencia de una identidad sustancial entre ellas⁵. Las penas criminales tendrían una naturaleza diferente que las sanciones administrativas, lo que permitiría entender que no son aplicables a estas de una serie de principios generales del derecho penal.

El profesor Enrique Cury, sin embargo, opina lo contrario: *“...en mi opinión, la diferencia entre el ilícito gubernativo (administrativo) y el penal es exclusivamente cuantitativa. Entre ambos, en efecto, solo puede hacerse una distinción de magnitudes. El administrativo no es sino un injusto de significado ético social reducido, que por tal razón solo debe estar sometido a sanciones leves cuya imposición no requiere garantías tan severas como las que rodean a la de la pena penal. Este es el criterio predominante en el derecho comparado”*⁶.

Así, Cury estima que las sanciones gubernativas son necesarias debido a que la complejidad de la sociedad exige una regulación más o menos minuciosa de actividades que generan peligros o daños para los bienes jurídicos individuales o colectivos. Para estos efectos, no cabe otra alternativa que entregar a la autoridad administrativa la facultad de imponer esas sanciones en un procedimiento expedito, aligerado de formalidades hasta donde sea prudente⁷.

Ahora bien, esto no significa que la autoridad administrativa pueda aplicar sanciones dejando de lado todos los principios fundamentales en que se basa el derecho penal. Precisamente hay una serie de límites para los órganos de la administración en su rol sancionador, tales como el principio *non bis in idem*, la presunción de inocencia del inculpado, la doble instancia, la tipificación precisa de las conductas que infringen las regulaciones administrativas, etc.

Sostiene el profesor Cury: *“Tampoco existe un motivo atendible para independizar la sanción gubernativa de la exigencia de culpabilidad. Lo mismo que las penas penales, esta solo debe ser impuesta a quien puede dirigírsele un reproche personal por la ejecución de la conducta prohibida”*. Continúa citando un acuerdo del Coloquio de

⁵ CURY URZÚA, (n.2), P. 107.

⁶ CURY URZÚA, (n.2), P. 106

⁷ CURY URZÚA, (n.2), P. 109

la Asociación Internacional de Derecho Penal en Estocolmo: *“la responsabilidad penal administrativa de las personas naturales debe basarse en la culpabilidad personal (dolo o negligencia)” y “las causales de justificación y exculpación reconocidas por el derecho penal, incluyendo el error de prohibición (error de derecho, mistake of law, en el original) deben regir igualmente en materia de derecho penal administrativo”*⁸.

Efectivamente, la doctrina chilena, al igual que la doctrina mayoritaria del derecho comparado⁹, ha considerado que la facultad sancionadora de la administración del Estado no es sino una manifestación del derecho que tiene el Estado para sancionar, por lo que son aplicables en este campo los principios generales del derecho penal.

*“Desde esta perspectiva, tanto la potestad punitiva penal como la sancionadora administrativa, son manifestaciones del ius puniendi genérico del Estado”*¹⁰.

En la misma línea, la Contraloría General de la República ha señalado que la potestad disciplinaria es una manifestación de la potestad sancionadora del Estado, la que, a su vez, es junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, razón por la que ha entendido que los principios del derecho penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario¹¹.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, en fallo de fecha 27 de diciembre de 1996, al pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la Ley de Caza, sostuvo que *“los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi del propio Estado”*.

⁸ CURY URZÚA (n.2), P. 111.

⁹ Ver SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, “DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA”, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, página 263; JUAN CARLOS CASSAGNE “DERECHO ADMINISTRATIVO”, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2002, páginas 435 -460; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, “CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO” Editorial Civitas, Madrid, 1998, Tomo II, páginas 159 -201; FRANCISCO SANZ GANDESEGUI, “LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN”, Editorial Edersa, Madrid, 1985, página 279.

¹⁰ MENDOZA ZÚÑIGA RAMIRO Y ODDÓ BEAS, Blanca, “Del Recurso de Reposición Administrativo y su Aplicación ante la Ley Especial”, *Revista Actualidad Jurídica, Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo*, N° 8 julio 2003, página 286.

¹¹ Dictamen N° 50.013 del año 2000.

Siguiendo esta línea doctrinal, y sentando un valioso precedente en la materia, en el caso que comentamos la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la responsabilidad objetiva en las sanciones impuestas por la SVS, basándose en el artículo 19 N° 3 de la Constitución: *“La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”*. Con ello la Corte de Apelaciones hizo suya la idea de que si bien el artículo 20 del Código Penal sustrae a las penas aplicadas por la administración pública del ámbito del derecho penal bajo ciertos aspectos, hay ciertos principios básicos del derecho penal que deben ser respetados.

En el caso que estudiamos, la sentencia consideró que no es sancionable transar ciertos valores, aun cuando se haga en posesión de información privilegiada, si no se pudo comprobar la concurrencia del dolo por parte del infractor.

Bajo la lógica de los fundamentos de las sentencias de primera y segunda instancia, para que hubiera concurrido dolo en este caso, los sancionados hubieran tenido que adquirir las acciones del Banco de Chile con la intención de obtener una utilidad en una venta posterior de ellos, que es lo que busca evitar la prohibición legal del uso de información privilegiada. Sin embargo, se acreditó en el juicio que al adquirir las acciones los sancionados buscaban defender el control del banco, por lo que no existió el ánimo de aprovecharse de la información en los términos del artículo 165 de la Ley de Mercado de Valores.

Lamentablemente, la sentencia de casación no resolvió este punto, limitándose a hacer una breve mención al tema al enumerar los fundamentos dados por la SVS, desaprovechando una gran oportunidad para aportar nuevas luces en una materia.

4.2 No había una relación fiduciaria entre la fuente de la información y los que la emplearon

La SVS reconoció que los ejecutivos del Pacto Controlador no tenían relación alguna con el señor Luksic en razón de su cargo, posición, actividad o relación, pero alegó que ello no era relevante para configurar el ilícito, ya que para ello bastaría con que hubieran tenido una relación con el Pacto Controlador. La postura de la SVS fue que *“la ley no exige una vinculación directa entre la fuente de la información y el sujeto pasivo que accede a ella; ahora el nexo causal que vincula a la fuente de información [...] con los reclaman-*

tes que acceden al conocimiento de ella, lo constituye la posición como miembros del pacto controlador, actividad desarrollada en el conjunto de operaciones o negociaciones que los reclamantes realizaron con aquel y la relación que estos mantuvieron con aquellos, es decir, la conexión, la correspondencia y comunicación”.

La Ley de Mercado de Valores establece ciertas obligaciones y prohibiciones a las personas *que en razón de su cargo, posición, actividad o relación* tengan acceso a información privilegiada. Sin embargo, de la simple lectura de la ley no queda claro cuál hasta dónde debe entenderse que se extienden estos cargos, posiciones, actividades o relaciones, palabras de suyo vagas.

La prohibición del uso de la información privilegiada se impuso en Chile, en buena medida, como una forma de imitar reglas estadounidenses sobre *insider trading*¹². Como su nombre lo dice, el *insider trading* consiste en las transacciones que hacen los *insiders*, es decir los internos, las personas que pertenecen a la empresa de donde proviene la información.

Aparentemente, el artículo 165 de la Ley de Mercado de Valores también apunta a los *insiders* al establecer que la prohibición no afecta a todas las personas que tienen acceso a información privilegiada, sino que solo a aquellas que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tengan acceso a la información. Sin embargo, esta redacción es muy amplia y bastante difusa.

Pongamos un caso ficticio para tratar de entender el estándar que quiso fijar el legislador en esta materia. Durante una fiesta un conocido de un conocido mío, en un momento de particular excitación, vocea el “dato” de una acción que va a subir (entendiéndose que el dato consiste en información privilegiada), sin aportar mayores antecedentes respecto de la fuente de la información. ¿Es suficiente vínculo la tenue relación que me une con él como para considerar que he accedido a información privilegiada en razón de una “relación”? O en el caso de un barrendero que recoge un papel de la calle que contiene información privilegiada, ¿tuvo acceso a esa información en razón de su “cargo” o “actividad”? De la simple lectura de la ley habría que concluir que en ambos casos la respuesta es afirmativa: yo obtuve información en razón de una relación y el barrendero la obtuvo en razón de su actividad.

¹² RIED, JOSÉ MIGUEL, “Fundamentos de la prohibición del uso de la información privilegiada en Chile: una visión crítica”. *Revista Chilena del Derecho* Vol. 31 n. 3 (2004).

Siempre accedemos a toda información en razón de una actividad (cuando adquirimos nosotros mismos la información directamente) o porque alguien nos la comunica (y ese alguien lo hará en virtud de alguna relación con nosotros, aunque sea mínima, accidental y transitoria). Es decir, siempre se va a recibir la información privilegiada en razón de una actividad o de alguna relación, por lo tanto, si tomamos la redacción de la ley en un sentido amplio, siempre estaría prohibido el uso de la información privilegiada.

Sin embargo, el legislador no quiso prohibir todo uso de información privilegiada. Esto es evidente, pues al establecer las prohibiciones y obligaciones del artículo 165 de la Ley de Mercado de Valores, indicó precisamente que solo eran aplicables a las personas que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tuvieran acceso a información privilegiada, es decir, quiso excluir a algunas personas que acceden a la información en razón de otras causas.

Es necesario entonces determinar hasta dónde llega la prohibición o, más bien, qué tipo de cargo, posición, actividad o relación es la que la hace aplicable.

En Estados Unidos, la prohibición está basada en que un *insider*, alguien que tiene un deber de fidelidad para con una compañía, no puede aprovechar para sí información valiosa de esta. Si bien los fundamentos en Estados Unidos para prohibir el uso de información privilegiada han ido cambiando en el tiempo, el argumento de fondo que se dio en 1997 en el juicio *United States v. O'Hagan*¹³, caso emblemático en esta materia, fue el fraude que existe cuando el *insider* viola el deber de fidelidad y confidencialidad que tiene para con su compañía. En Chile este argumento nunca se había recogido, hasta ahora.

En el caso que analizamos la Corte de Apelaciones de Santiago abordó el tema y señaló que *"se exige que el emisor de esa información se encuentre en una relación fiduciaria en el que predominen los deberes de honestidad, fidelidad y silencio, así se puede desprender de la norma legal citada en la que se establece a los sujetos obligados al deber de reserva; 'cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación, tenga acceso a información privilegiada', la que agrega deberá guardar estricta reserva"*. Según la Corte, *"es necesario que concurra un elemento subjetivo para*

¹³ 521 U.S. 642 (1997).

poder imputar responsabilidad ya que no se puede prescindir de la naturaleza o del carácter de la relación entre el origen de la información y quien la ‘utiliza’, es decir, se aprovecha de la misma”.

Con esta sentencia, la Corte de Apelaciones dio un paso muy importante para determinar hasta dónde debe entenderse que llegan los cargos, posiciones, actividades o relaciones que dan origen a las obligaciones y prohibiciones derivadas del acceso a información privilegiada.

Según el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, no por adquirir información privilegiada en razón de cualquier relación o actividad se aplican necesariamente las prohibiciones y obligaciones del artículo 165 de la Ley de Mercado de Valores, sino que es necesario que exista una relación fiduciaria entre la fuente de la información y el que tiene acceso a ella, en la que predominen los deberes de honestidad, fidelidad y silencio.

Para llegar a esta conclusión el tribunal no interpretó la norma en forma caprichosa, sino que se basó precisamente en el contexto mismo y en el espíritu de la ley manifestado en ella misma. ¿Cuál debe ser el límite de las relaciones entre la fuente de la información y el que la recibe? La Corte razona que si la ley exige al tenedor de la información no solo la abstención de usarla para su provecho, sino que un deber de reserva y la obligación de velar para que sus subordinados tampoco la revelen, debe ser porque esta persona tiene una relación fiduciaria con la fuente de la información, que justificaría la imposición de deberes de honestidad, fidelidad y silencio.

Es decir, el tenedor de información privilegiada debería abstenerse de usarla no por mantener la igualdad de información entre las partes de una transacción, o para proteger la fe pública, sino que porque el tenedor de la información, al utilizarla, estaría violando su deber fiduciario hacia la fuente de la información.

La Corte Suprema desestimó estos argumentos e interpretó el artículo 165 en forma amplia: “...dada la amplitud de la norma recién mencionada, su ámbito de aplicación es extenso y comprende a todas las personas que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tengan acceso a información privilegiada...” “...acorde a lo reflexionado, la conducta de los demandantes encuadra dentro de las hipótesis propuestas por el artículo 165 de la Ley tantas veces citada, puesto que, en razón de ser Penta el grupo controlador del Banco de Chile, don Andró-

nico Luksic Craig sostuvo una reunión con ellos y les informó, a nombre de Quiñenco S.A., que en los días inmediatamente posteriores, esta última entidad lanzaría una oferta pública de compra de acciones del Banco de Chile, por un valor de \$50 la acción, para incrementar así la posición que Quiñenco S.A. tenía entre los accionistas de dicho Banco. En esta perspectiva, pese a estar en posesión de información, que revestía el carácter de privilegiada por lo explicado anteriormente, no cumplieron con la prohibición de utilizar en beneficio propio o de terceros relacionados tal información, sino que, por el contrario, recomendaron al Directorio la adquisición de las acciones ya referidas”.

5. CONCLUSIONES

Las sentencias del Vigésimo Juzgado Civil de Santiago y la de la Corte de Apelaciones de Santiago abordaron en forma correcta y novedosa dos temas de gran relevancia, uno en el ámbito del derecho penal administrativo y otro en el de la información privilegiada.

Lamentablemente la Corte Suprema perdió la oportunidad de haber recogido los argumentos de dichas sentencias que, en un fallo del tribunal supremo de nuestro país, hubieran contribuido a esclarecer estos temas, que aún permanecen en la categoría de “discutibles”.

Hoy en día la administración pública tiene un destacado rol sancionador, que se traduce en la imposición de sanciones tales como multas, amonestaciones, cierres de locales, etc., y que ejerce, por ejemplo, a través del Servicio de Impuestos Internos, la Inspección del Trabajo, las múltiples superintendencias, la Corporación Nacional del Medio Ambiente o el Servicio Nacional del Consumidor.

Las sentencias de primera y segunda instancia del caso que comentamos consideran que la facultad sancionadora, el *ius puniendi*, de un órgano de la administración del Estado como la SVS, tiene un importante límite en los principios generales del derecho penal, basados en la Constitución Política. Puntualmente sostienen que, al ejercer esta facultad, los órganos administrativos no pueden prescindir del elemento del dolo. Es decir, la responsabilidad penal administrativa no es objetiva, sino que requiere de un elemento subjetivo: el autor debe haber querido cometer el acto prohibido, o por lo menos haber aceptado las consecuencias de su actuación voluntaria.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago constituye además un gran aporte al desarrollo jurisprudencial del concepto de

información privilegiada. Lamentablemente la sentencia del fallo de casación no recogió los sólidos argumentos que al respecto aportaron las sentencias de primera y segunda instancia, pero por lo menos se está empezando a discutir, en la línea correcta, el fundamento de la prohibición del uso de información privilegiada.

Esta prohibición es aplicable solo a las personas *que en razón de su cargo, posición, actividad o relación* hayan accedido a la información. Las sentencias de primera y segunda instancia, desestimadas por la Corte Suprema, aclararon que la prohibición no se aplica necesariamente por haber adquirido la información privilegiada en razón de cualquier cargo, posición, actividad o relación, sino que es necesario que exista entre el que usa o revela la información y la fuente de ella, una relación fiduciaria en que predominen los deberes de honestidad, fidelidad y silencio.

Esto constituye un avance, no solo para delimitar los alcances de la prohibición, sino que para entender sus fundamentos.

Uno de los argumentos en que la SVS ha tratado de sustentar la prohibición del uso de información privilegiada es la igualdad de información que debe haber entre las partes de una transacción.

Esta igualdad en la información nunca existe en las transacciones comerciales pues, precisamente por su naturaleza, cada contratante tiene un conocimiento distinto de la cosa y su utilidad. Las reglas generales del derecho no exigen esta igualdad, pues forzar a cada parte a revelar a la otra toda la información que poseyere respecto de una transacción común, constituiría un enorme obstáculo a las operaciones comerciales. Sin embargo, en Chile hay una opinión creciente que considera que debe exigirse igualdad de información para transacciones de valores inscritos, lo que justificaría la prohibición del uso de información privilegiada¹⁴.

Ahora bien, si lo que se pretende sancionar con las normas de información privilegiada es la desigualdad de información en las transacciones, debería aplicarse un criterio precisamente igualitario, y sancionar la falta de igualdad de información en toda clase de transacciones y no solo en las de valores inscritos, lo que nadie plantea en forma seria, por las razones indicadas.

¹⁴ Cabe destacar que el argumento de la igualdad fue rechazado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1980, en el célebre caso *Chiarella v. United States*.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CASSAGNE, JUAN CARLOS “DERECHO ADMINISTRATIVO”, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N° 50.013 del año 2000.
- CURY URZÚA, ENRIQUE, “DERECHO PENAL, PARTE GENERAL”. Ediciones Universidad Católica de Chile (2005).
- ETCHEBERRY, ALFREDO, “DERECHO PENAL, PARTE GENERAL”. Carlos E. Gibbs A., Editor.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, “CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO” Editorial Civitas, Madrid, 1998, Tomo II.
- MENDOZA ZÚÑIGA RAMIRO Y ODDÓ BEAS, Blanca, “Del Recurso de Reposición Administrativo y su Aplicación ante la Ley Especial”, *Revista Actualidad Jurídica, Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo*, N° 8 julio 2003.
- RIED, JOSÉ MIGUEL, “Fundamentos de la prohibición del uso de la información privilegiada en Chile: una visión crítica”. *Revista Chilena del Derecho* Vol. 31 n. 3 (2004).
- SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, “DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA”, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.
- SANZ GANDESEGUI, FRANCISCO, “LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN”, Editorial Edersa, Madrid, 1985.

Tres lecciones acerca de cómo se deben proteger los derechos de las personas frente a la Administración



ALEJANDRO PARODI TABAK
Licenciado en Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile

I. INTRODUCCIÓN

En Sentencias Destacadas 2004, Juan José Romero G.¹ comentó un interesante fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, que acogiendo un recurso de protección interpuesto por una empresa sanitaria en contra de la Superintendencia de Servicios Sanitarios, ordenó dejar sin efecto las disposiciones de las Bases Preliminares del procedimiento tarifario respectivo, que limitaban el derecho del prestador sanitario a discrepar ante la Comisión de Expertos prevista en el D.F.L. MOP N° 70/88².

En el año 2005, nuestros más altos tribunales tuvieron la oportunidad de pronunciarse nuevamente acerca de esta materia, con ocasión, esta vez, de un recurso de protección interpuesto por la empresa sanitaria Aguas Cordillera S.A.

En esta oportunidad, la Corte de Apelaciones, y luego, la Corte Suprema, mantuvieron el criterio que habían expresado en el año 2004, en cuanto a que no es lícito limitar el derecho del prestador sanitario a someter al conocimiento y resolución de la Comisión de Expertos, todas las diferencias tarifarias que pudiere mantener con la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

¹ Vid. JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, "Voluntarismo administrativo en la fijación de tarifas: los medios también importan", comentario publicado en el anuario de jurisprudencia *Sentencias Destacadas 2004*, Libertad y Desarrollo, pp. 55-88.

² Se trató de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 24 de septiembre de 2004, confirmada por la Corte Suprema con fecha 15 de noviembre de 2004, en los autos sobre recurso de protección interpuesto por Aguas Los Dominicos S.A. en contra de la Superintendencia de Servicios Sanitarios [Rol N° 3512-2004].

Así lo hicieron, la primera, mediante sentencia de fecha 6 de enero de 2005, recaída en los autos Rol N° 3514-2004; y la segunda, por la vía de la apelación de dicha sentencia de primer grado, mediante resolución de fecha 19 de abril de 2005, pronunciada en los autos Rol N° 380-2005.

En este comentario veremos que con prescindencia de la aparente “complejidad” técnica que presenta el caso –que más proviene de las defensas de la autoridad que del tema en sí mismo–, las sentencias antes referidas nos dejan tres importantes lecciones acerca de cómo deben protegerse los derechos de las personas frente a la Administración del Estado.

Primero, refuerzan el principio de la *impugnabilidad* de los actos administrativos; segundo, reconocen que directamente de la ley pueden emanar derechos que ingresan al patrimonio de los particulares, los que desde ese momento se hacen *intangibles* para la Administración; y tercero, manifiestan que el deber de la Administración es cumplir con la Constitución y la ley, y que el *apego formal* a una norma reglamentaria abiertamente ilegal, no constituye una *excusa* para no cumplir con dicho deber.

II. ANTECEDENTES DEL CONFLICTO

a) Aspectos básicos del procedimiento de fijación de tarifas en materia sanitaria

El DFL MOP N° 70/88 [Ley de Tarifas] regula un complejo procedimiento administrativo para la fijación de los *precios máximos* que las empresas prestadoras de servicios sanitarios pueden cobrar a sus usuarios.

En lo básico, dicho procedimiento se divide en tres etapas. En primer lugar, una etapa en que la Superintendencia de Servicios Sanitarios fija las bases técnicas y económicas que regirán el proceso. Esta etapa se inicia con la publicación en el *Diario Oficial* de las Bases Preliminares, las que pueden ser objeto de observaciones por parte de los interesados y las que, una vez resueltas, dan lugar a la dictación de las Bases Definitivas.

En segundo lugar, una etapa en que tanto el prestador como la autoridad deben elaborar sus propios ‘estudios de costos’ con estric-

ta sujeción a lo dispuesto en las Bases Definitivas del proceso, para proceder luego a su mutuo y recíproco intercambio.

Y, en tercer lugar, una etapa en que la ley permite solucionar las eventuales discrepancias o divergencias de resultados y/o de parámetros que se pudieren haber originado de los estudios de costos del prestador y de la autoridad, ya sea por acuerdo directo entre ellos, o bien, mediante el ejercicio del derecho esencial que tiene el prestador sanitario de someter tales divergencias o discrepancias al conocimiento y resolución de un organismo técnico y autónomo, denominado Comisión de Expertos.

De acuerdo a la Ley de Tarifas, solo una vez que se hayan superado las tres etapas antes descritas, procederá dictar el decreto tarifario respectivo [acto administrativo terminal], el que deberá contener y respetar, como ineludible exigencia de motivación, los acuerdos a que hubieren llegado directamente el prestador y la autoridad, así como los resultados del dictamen definitivo –y vinculante– de la Comisión de Expertos.

Como se puede apreciar, a diferencia de lo que ocurre en otros sectores regulados, las tarifas que las empresas prestadoras de servicios sanitarios pueden cobrar a sus usuarios, no son fijadas unilateralmente por la Administración –léase, por la Superintendencia de Servicios Sanitarios–, sino que por un organismo autónomo, independiente y de carácter técnico, denominado Comisión de Expertos, cuyo dictamen es vinculante para todos los efectos legales.

b) La dictación de las Bases Preliminares

Con fecha 19 de mayo de 2004, y en conformidad a lo previsto en el artículo 13 de la Ley de Tarifas, la Superintendencia de Servicios Sanitarios informó mediante publicación en el *Diario Oficial*, que se encontraban a disposición del público, las “Bases Preliminares del proceso administrativo de fijación de tarifas de Aguas Cordillera S.A. para el período 2005-2010”.

Por primera vez en la historia de la compañía, dichas Bases contenían un capítulo en que se limitaba el derecho del prestador sanitario a someter al conocimiento y resolución de la Comisión de Expertos, toda y cualquier divergencia o discrepancia que pudiera surgir de la comparación de su propio estudio, con el elaborado por la autoridad.

En efecto, el Capítulo V de las Bases restringió *ex ante* el derecho que tiene el prestador sanitario para discrepar y someter al conocimiento de un organismo técnico y autónomo, todas las diferencias de resultados y parámetros que tuviere respecto del estudio de costos elaborado por la autoridad, por la vía de señalar los únicos siete resultados que se podrían discrepar ante la Comisión de Expertos.

Así se expresó en el numeral 3° del referido Capítulo V de las Bases Preliminares:

“Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 10 inciso tercero de la Ley de Tarifas, 6 del Reglamento de Tarifas y artículo 2 del Reglamento de Expertos, la empresa podrá discrepar de los resultados del estudio realizado por la Superintendencia. A continuación se señalan los resultados a que llegará el estudio de la Superintendencia. En consecuencia, cualquier otro elemento contenido en el estudio tarifario distinto de los resultados que a continuación se definen, solo constituirá fundamento o antecedente de cálculo del mismo, de acuerdo con la norma legal citada y el artículo 6° del Reglamento de Tarifas”.

c) El recurso de protección interpuesto por Aguas Cordillera S.A.

En contra de las Bases Preliminares, la empresa Aguas Cordillera S.A. dedujo recurso de protección, solicitando a la Corte que ordenara al Superintendente de Servicios Sanitarios, dejar sin efecto toda y cualquier limitación al derecho que la Ley de Tarifas le reconoce, en orden a que todas las diferencias de **parámetros, resultados y demás valores** que tuviere en relación con el “estudio de costos” elaborado por la autoridad, pueden ser sometidas al conocimiento y resolución de la Comisión de Expertos.

A juicio de la recurrente, la actuación de la Superintendencia es “ilegal” por dos motivos. Primero, pues la autoridad carece de facultades para señalar *ex ante*, cuáles son los únicos siete resultados que pueden ser discrepados para ante la Comisión de Expertos. Segundo, porque la autoridad no puede limitar el derecho a discrepar solo respecto de *resultados*, en circunstancias que el artículo 10 de la Ley de Tarifas es claro en cuanto a que todo *resultado y/o parámetro*³ en que exista divergencia, puede ser sometido a la decisión de la Comisión de Expertos prevista en la misma.

³ Por parámetro se entiende todo valor en que el resultado se funda, o de los cuales se compone.

Además, la recurrente considera que la actuación de la Superintendencia es “arbitraria”, pues no resulta lógico ni razonable que una autoridad pública regida por el principio de juridicidad, falte a su estatuto legal, y limite la competencia del órgano encargado por la ley de controlarlo.

Junto con lo anterior, el recurrente estima que la actuación de la autoridad recurrida ha afectado el derecho de propiedad [artículo 19 N° 24 de la Constitución] que todo prestador sanitario tiene, en virtud de la ley, para discrepar ante la Comisión de Expertos, de todo y cualquier parámetro y/o resultado que se contenga en el estudio de costos elaborado por la Superintendencia.

d) Las defensas de la Superintendencia de Servicios Sanitarios

La Superintendencia de Servicios Sanitarios informó al tenor del recurso de protección deducido por Aguas Cordillera S.A., solicitando su rechazo, por los siguientes motivos.

En primer lugar, pues consideró, como suelen hacerlo las autoridades públicas cuando son emplazadas en sede de protección, que la discusión promovida era propia de un juicio de lato conocimiento, ajeno a la naturaleza cautelar y de urgencia de un recurso de protección de garantías constitucionales.

En segundo lugar, pues estimó que el recurso era inadmisibile, ya que en conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 19.880 sobre *Procedimientos Administrativos*, las Bases Preliminares eran un “acto trámite” no susceptible de ser impugnado a través de ningún medio.

En tercer lugar, pues señaló que no existía actuación ilegal ni arbitraria alguna, desde que el artículo 13 inciso 2° de la Ley de Tarifas, facultaba a la Superintendencia a señalar en las Bases cuáles son los resultados a los que deberán llegar los respectivos estudios de costos.

Y, en cuarto lugar, pues consideró que no se había lesionado derecho de propiedad alguno de la recurrente, ya que de acuerdo a la Ley de Tarifas y al Reglamento sobre Designación y Funcionamiento de la Comisión de Expertos, solo los “resultados” de los estudios son discrepables, mas nunca los “parámetros” en que tales resultados se fundan o sustentan.

III. EL FALLO

En fallo breve, pero no por eso menos categórico ni contundente, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de protección deducido por Aguas Cordillera S.A., y dejó sin efecto el N° 3 del Cap. V de las Bases Preliminares dictadas por la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

Las razones que llevaron al sentenciador a hacer lugar a la protección solicitada, fueron las siguientes:

- **Las Bases Preliminares son perfectamente impugnables.** Haciéndose cargo de la petición de inadmisibilidad formulada por la recurrida, la Corte sostuvo que las Bases Preliminares –aun tratándose de un “acto trámite”– podían ser impugnadas mediante un recurso de protección. Y ello, en opinión del sentenciador de primer grado, pues la necesaria ligazón que existe entre dicho acto y los demás actos que se deberán realizar en el marco del procedimiento tarifario, permite concluir que la limitación al derecho a discrepar contenida en las Bases afectará, en forma definitiva, la forma en que el procedimiento tarifario debe seguir tramitándose en lo sucesivo. O sea, la Corte consideró que las Bases Preliminares eran una especie de acto definitivo para los efectos de los demás actos que debían dictarse durante el curso del procedimiento.

Así razonó la Corte en los considerandos 4° y 5°: *“Que la presentación por parte de la autoridad de las Bases Preliminares constituye el primer paso de una serie sucesiva que llevan a la fijación de las tarifas, donde cada uno de estos constituye un antecedente para el que lo sigue, de manera que cada uno de estos no puede mirarse en forma individual, sino necesariamente dentro del conjunto. (...) El primer paso de estos está constituido por las Bases Preliminares, que si bien tienen la característica de poder ser motivo de observaciones que pueden o no ser acogidas por la autoridad, por el hecho de limitarlo la autoridad en cuanto a cuáles observaciones se pueden hacer, excluyendo otras, permite al recurrente estimar que se está afectando la manera como este procedimiento debe llevarse a cabo, agregándose limitaciones que no están en la ley, por lo que cabe analizar por esta vía si ello conduce o no a la afectación de una garantía constitucional de aquellas protegidas por este tipo de recurso. Es por lo*

anterior que este recurso es procedente y cabe rechazar la petición de inadmisibilidad del mismo” (sic).

- **La Superintendencia no tiene facultades para limitar el número de resultados susceptibles de ser discrepados.** En cuanto a la ilegalidad de la actuación de la autoridad recurrida, la Corte coincidió con Aguas Cordillera S.A. y señaló que la Superintendencia no tenía facultades para limitar el número de *resultados* que pueden ser discrepados para ante la Comisión de Expertos, ni para impedir que el prestador discrepe, además, de los *parámetros* en que tales resultados se fundan o sustentan.

Así razonó la Corte en los considerandos 7° y 8°: *“De lo anterior –artículos 10 y 13 de la Ley de Tarifas– no cabe sino concluir que es la Superintendencia de Servicios Sanitarios la que determina ciertas bases para efectuar el estudio tarifario. Presentados los estudios, el de la empresa y el de la autoridad, las discrepancias surgen del mero contratos de ambos estudios. Lo antes expuesto hace que no sea posible limitar las discrepancias, sea directamente o como se ha hecho en este caso, por la vía de asimilar discrepancia con resultado, circunscribiéndolos solo a diez (siete). Que a lo anterior cabe agregar que el artículo 10 de la ley antes referida hace expresa referencia a la Comisión de Expertos que debe pronunciarse sobre cada uno de los parámetros en que exista discrepancia, de modo que no es posible al inicio de los estudios tarifarios limitar la competencia de esta comisión”.*

- **La limitación al derecho a discrepar afecta el derecho de propiedad.** Por último, la Corte señaló que la decisión de la Superintendencia de Servicios Sanitarios de limitar el número de resultados que podían ser discrepados, afectó el derecho de propiedad que tiene Aguas Cordilleras S.A., en orden a que las tarifas que se le fijen sean fruto del procedimiento regulado en la Ley, y que toda divergencia que mantenga con la autoridad, sea resuelta por el organismo autónomo y de carácter técnico previsto en la misma, que se denomina Comisión de Expertos.

Así se señaló en el considerando 9°: *“Que la empresa recurrente prestadora de servicios sanitarios tiene incorporado en su patrimonio el derecho a que el proceso de fijación de sus tarifas lo sea de acuerdo con los parámetros que la propia ley señala. Esta contempla como última instancia el que sea una comisión de expertos la que dirima todo aquello que no fue posible solucionar directamente entre las partes intervinientes en el proceso”.*

La sentencia de primer grado pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago fue apelada por la Superintendencia de Servicios Sanitarios para ante la Corte Suprema.

En la segunda instancia, la autoridad recurrida hizo hincapié de que no existía ilegalidad en su actuación, desde que no existe un derecho como el pretendido por el prestador, que lo faculte para discrepar de todo y cualquier resultado o parámetro contenido en el estudio de costos que elabora la Superintendencia. A juicio de la autoridad apelante, la normativa sería suficientemente clara en cuanto a que solo puede discreparse de los “*resultados*” contenidos en el estudio de costos de la Superintendencia, y no de los “*parámetros*” en que los mismos se fundan o sustentan. Así lo dispondría el artículo 3°, letra b), del Reglamento sobre Designación y Funcionamiento de la Comisión de Expertos⁴, al definir discrepancia o divergencia como “*la falta de acuerdo de la empresa sanitaria, en un proceso de fijación de tarifas, con relación a uno o más de los resultados del estudio tarifario practicado por la SISS y que deberá referirse exclusivamente a aquellos contenidos, de forma expresa, en el estudio tarifario de la SISS o en el estudio de igual carácter del prestador*”.

Sin embargo, la Tercera Sala de nuestro máximo tribunal –con voto en contra del ministro señor Gálvez– resolvió confirmar la sentencia de primer grado, con declaración de que solo se deja sin efecto el Capítulo V de las Bases Preliminares, en aquella parte en que se limita el derecho del prestador sanitario a discrepar ante la Comisión de Expertos de todos los parámetros y/o resultados contenidos en el estudio de costos que elabora la autoridad.

Lo que resulta particularmente interesante acerca de la sentencia de segunda instancia, es que ella se aboca prolijamente al análisis del argumento esbozado por la Superintendencia, en cuanto a que el Reglamento sobre Designación y Funcionamiento de la Comisión de Expertos, la facultaría expresamente para definir los *únicos* resultados que son susceptibles de ser discrepados ante dicha Comisión. En otras palabras, la Corte Suprema se aboca a analizar si es posible que la autoridad reguladora se “asile” en una norma reglamentaria vigente, para justificar la limitación de un derecho que se encuentra

⁴ Este reglamento se encuentra contenido en el D.S. N° 453/89 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

consagrado en la Ley en términos mucho más amplios. De hecho, recuérdese que a diferencia del artículo 3, letra b), del referido Reglamento, el artículo 10 de la Ley de Tarifas señalaba que todo *parámetro* que se contiene en el estudio elaborado por la autoridad puede ser discrepado para ante la Comisión de Expertos, y no solo los *resultados* que expresamente se contienen en el mismo.

Así razonó la Tercera Sala de la Corte Suprema, para fundar su decisión de confirmar la sentencia de primer grado:

“Que de la comparación de la norma legal citada [artículo 10, inc. 6° de la Ley de Tarifas], con lo dispuesto en el Reglamento, queda en claro que, de acuerdo con aquella, la discrepancia entre ambos estudios puede suscitarse respecto de los parámetros que allí se contemplen, de modo que la limitación que impone el Reglamento a la Comisión de Expertos en cuanto a que las discrepancias solo quedan referidas a los resultados, de lo cual ciertamente se han inferido que dicha limitación afecta al prestador, va más allá de lo dispuesto en la ley, toda vez que el cuerpo legal en examen facultó al órgano de la administración solo a establecer los procedimientos y formalidades aplicables al trabajo de la Comisión, y no a limitar el derecho del prestador a discrepar únicamente de los resultados del estudio de la Superintendencia, con manifiesta transgresión a lo dispuesto en el citado artículo 10 inciso 6° del D.F.L. de que se trata, en el que se establece, como ya se dijo que La Comisión de expertos deberá pronunciarse sobre cada uno de los parámetros en que exista discrepancia”.

A la luz de lo expuesto, creemos –según hemos también anticipado–, que el fallo de primer grado pronunciado por la Corte Apelaciones de Santiago y confirmado, luego, por la Corte Suprema, nos ha dejado tres importantes lecciones acerca de cómo deben protegerse los derechos de las personas frente a la Administración.

Primero, que los particulares tienen derecho a impugnar los actos y trámites que se dictan durante el curso de un procedimiento administrativo, y que no se encuentran obligados a esperar la dictación del *acto terminal o definitivo* que le pone término para recién en ese momento asumir la defensa de sus derechos.

Segundo, que de la ley arrancan derechos que ingresan directamente al patrimonio de los particulares, que se hacen intangibles para la Administración, y cuyo respeto puede ser siempre reclamado ante los tribunales de justicia.

Y tercero, que la autoridad administrativa no puede excusarse de su deber de tutelar los derechos que los particulares adquirieron en virtud de la ley, ni aun invocando una norma reglamentaria que le permita formalmente afectarlos.

IV. PRIMERA LECCIÓN: LA PLENA IMPUGNABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y, EN PARTICULAR DE LOS “ACTOS TRÁMITE”.

La primera lección que nos dejan los fallos que se analizan, es que los particulares tienen pleno derecho a impugnar los actos administrativos que los afectan, aun cuando se trate de actos trámites que se insertan en un procedimiento administrativo complejo.

Esta lección no deja de ser importante, pues desmitifica un repetido “dogma” de Derecho Administrativo, según el cual solo los *actos definitivos* que ponen término al procedimiento⁵ son impugnables, mientras que los de *trámite* no lo son. En efecto, no son pocos los autores que en nuestro medio señalan que “*solamente puede impugnarse el acto terminal*”⁶, ya que la impugnación de la actividad administrativa solo sería procedente frente a una “*declaración de voluntad... definitiva y no de trámite*”⁷.

A nuestro juicio, la Corte hizo bien en negar aplicación a este *pseudo dogma*, y en aceptar la plena impugnabilidad de los actos trámites que se dictan en el curso de un procedimiento administrativo, pues en un Estado de Derecho como el nuestro no debieran existir razones para impedir que una persona que se sienta afectada por un acto administrativo –sea de trámite o definitivo–, reclame en contra de su contenido y obtenga de parte de un tribunal la debida protección de sus derechos.

Los argumentos en que se apoya nuestra posición, y que desde luego subyacen al criterio del fallo que se analiza, son de orden tanto constitucional como legal.

⁵ En un interesante artículo, se comenta la impropiedad del lenguaje en que incurre la Ley N° 19.880 al denominar acto terminal a aquel que pone fin al procedimiento. Al respecto, *vid*: GABRIEL BOCKSANG HOLA, *¿Cuál es el acto terminal del procedimiento administrativo?*, en Conferencias, Ley N° 19.880 sobre Procedimientos Administrativos, Academia de Derecho de la Universidad Santo Tomás, 2003, pp. 15-32.

⁶ HUGO CALDERA DELGADO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Parlamento, 2001, Tomo II, p. 153.

⁷ JUAN CRISTÓBAL NÚÑEZ VÁSQUEZ, *Tratado de los Recursos Jurisdiccionales y Administrativos*, Ed. La Ley, 1994, p. 168.

Por una parte, la impugnabilidad de todo tipo de acto administrativo emana de la propia Constitución, que al consagrar a la juridicidad como el principio básico de nuestro Estado de Derecho, señala que todos los actos estatales deben ajustarse a la Constitución y la ley, y que cualquier acto que resulte contrario a dichas normas adolecerá de nulidad. En este sentido, los artículos 6° y 7° son suficientemente categóricos en cuanto a qué actos trámite o definitivos deberán siempre sujetarse a las reglas de la juridicidad. No existe en la Carta Fundamental, pues, ninguna excepción que permita que los actos trámite no cumplan con el principio de juridicidad. Se señala, por el contrario, que “todo” acto debe regirse por dicho principio; y “todo acto” es eso... ¡*todo*, y no solo los definitivos!

Así entonces, como todo acto debe regirse por el principio de juridicidad, todo acto trámite o definitivo que lo infrinja, puede ser siempre impugnado por el particular afectado ante los tribunales que establece la ley. Ello no es más que expresión del derecho a “vivir bajo el imperio de la ley”⁸ y del “derecho a la acción” consagrado en el artículo 19 N° 3 de nuestra Ley Primera, que se reconoce a toda persona para solicitar el resguardo de sus derechos, aun a falta de ley que regule un procedimiento para reclamar dicha protección⁹.

Por otra parte, la plena impugnabilidad de los actos trámite también se encuentra recogida en la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado. En efecto, y en armonía con lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 19 N° 3 de la Constitución, el artículo 10 de dicho cuerpo legal señala: “*Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar*”.

Por último, la impugnabilidad de todo acto administrativo –de trámite o definitivo– ha sido reconocida por la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimiento Administrativos, como un principio esencial de ese tipo de procedimientos. Señala el artículo 15 de

⁸ Vid. GUSTAVO FIAMMA OLIVARES, “Acción Constitucional de Nulidad y Legitimación Activa Objetiva”, en Gaceta Jurídica N° 123, p. 7 y ss.

⁹ Cfr. ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA, *Los Derechos Constitucionales*, Ed. Jurídica de Chile, 3ª Edición Actualizada, 2004, Tomo II, pp. 140-142.

dicho cuerpo de leyes al consagrar, justamente, el principio de impugnabilidad: *“Todo acto administrativo es impugnable mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan leyes especiales”*.

Todas estas disposiciones constitucionales y legales conducen, a nuestro juicio, a concluir que los actos trámite, al igual que los actos terminales o definitivos son impugnables.

Con todo, en nuestro análisis no podemos dejar de mencionar que junto con consagrar el principio de impugnabilidad, la Ley N° 19.880 introduce una norma que de seguro que se prestará a equívocos, y que de seguro dará pábulo a la Administración para defender la tesis de la inimpugnabilidad de los actos trámite. Dice el inciso 2° de su artículo 15: *“Sin embargo, los actos de mero trámite son impugnables solo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión”*.

A la luz de lo anterior, la pregunta cae de cajón: ¿constituye dicha disposición legal una limitación al derecho a impugnar “todo” acto administrativo, de trámite o definitivo?

Como cuestión previa, no podemos dejar de lamentarnos por la decisión del legislador de incluir una disposición como la que se comenta, máxime si ella es contraria al principio que por tantos años ha regido la materia, y que se encuentra consagrado en el artículo 10 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, ya citado¹⁰.

Sin embargo, la norma ahí está, y mientras no sea declarada inconstitucional, creemos que lo más conveniente es buscarle una *interpretación restrictiva*, en protección de los derechos de las personas.

Lo primero que debemos preguntarnos es a qué tipo de impugnación se refiere el artículo 15 de la Ley N° 19.880. ¿Se estará refi-

¹⁰ La contrariedad del artículo 15 de la Ley N° 19.880 respecto del principio de impugnabilidad consagrado en el artículo 10 de la Ley N° 18.575, es evidente. Pero lo grave es que este último cuerpo de leyes tiene el rango de ley orgánica constitucional, mientras que la Ley N° 19.880 es una simple ley común. ¿Cómo puede ser posible que una ley común “derogue” una disposición tan relevante que se encuentra contenida en una ley orgánica constitucional? Respecto de esta materia, y de las consecuencias que de ella se derivan, vid. EDUARDO SOTO KLOSS, *“La Ley N° 19.880 sobre Procedimientos Administrativos, ¿‘Aleluya’ o ‘Miserere’?”*, en Conferencias acerca de la Ley N° 19.800 sobre Procedimientos Administrativos, Academia de Derecho de la Universidad Santo Tomás, 2003, pp. 94-95.

riendo solamente a la impugnación administrativa, o también a la impugnación judicial de los actos de mero trámite?

La lectura del inciso 2° del artículo 15 sugiere que la limitación es aplicable respecto de todo tipo de impugnación, ya que dicha norma no distingue entre impugnación judicial e impugnación administrativa. Sin embargo, esta lectura no deja de ser incorrecta, ya que prescinde del contexto en que la norma se inserta. En efecto, no podemos olvidar que el inciso 2° del artículo 15 es una excepción a la regla general del inciso 1° de dicho precepto, que dispone que *“todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos...”*. Resulta claro y notorio, entonces, que cuando en el inciso 2° se habla de impugnación y se hace excepción a la regla del inciso 1°, se está haciendo referencia exclusivamente a la impugnación administrativa, a través de los recursos que se consagran tanto en la Ley N° 19.880, como en otras leyes especiales. No hay ninguna limitación, pues, para impugnar los actos de mero trámite en sede judicial.

En segundo lugar, debemos preguntarnos lo siguiente: ¿será por una mera casualidad que la ley empleó en el inciso 2° de su artículo 15, la locución acto de “mero trámite”?

Creemos que no. En el derecho comparado, los actos de *mero trámite* son conceptualizados como aquellos que producen efectos solo en cuanto a la forma en que el procedimiento debe tramitarse, y nunca en cuanto al fondo de la cuestión materia del mismo¹¹.

Pero ocurre que durante el curso de un procedimiento, hay una serie de otros actos trámite que no solo se limitan a dar curso progresivo al mismo, sino que también resuelven cuestiones de fondo. Es el caso, por ejemplo, de las Bases del procedimiento de fijación tarifaria en materia sanitaria, en que se contemplan, ni más ni menos, que las “normas” conforme a las cuales se deberán elaborar los estudios de costos.

Claramente, estos actos trámite que se pronuncian acerca de cuestiones de fondo no son de “mero trámite”. ¿Regirá respecto de ellos, entonces, la limitación al derecho a impugnar que se contiene en el artículo 15, inciso 2°, de la Ley N° 19.880?

¹¹ Cfr. AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, 5ª Edición, Tomo III, p. 11-15; quien señala: *“... el acto interlocutorio o de mero trámite, a pesar de su denominación, sería un acto productor de efectos jurídicos directos, aunque no en cuanto al fondo de la cuestión debatida, sino en cuanto al trámite”*.

Aprovechémonos del texto y tenor literal de la ley: la limitación se aplica solo respecto de los actos de *mero trámite*, y no de los demás actos interlocutorios que se pronuncian acerca de cuestiones de fondo que atañen al procedimiento. Si la ley se refiere a los actos de *mero trámite*, será por algo... y si de ello podemos derivar una consecuencia en protección de los derechos de las personas, mejor todavía...

En suma, creemos que el artículo 15 inciso 2° de la Ley N° 19.880, a pesar de lo *infortunado*, puede ser interpretado en forma restrictiva, de modo que nunca constituya una excepción al principio de que todo acto administrativo puede ser impugnado judicialmente, y que las limitaciones en él contenidas solo se aplican respecto de los actos de “mero trámite”, y no respecto de los demás actos interlocutorios que se dictan durante el procedimiento, y que se pronuncian respecto de cuestiones de fondo relacionadas con el mismo.

Así lo entendió, en los hechos, el fallo que se comenta... ¡vaya lección!¹².

V. SEGUNDA LECCIÓN: EL DERECHO DE PROPIEDAD TAMBIÉN PUEDE EMANAR DE LA LEY

Otra lección que nos dejan los fallos que se analizan, es que las personas pueden adquirir directamente de la ley, derechos que en cuanto *cosas incorporales* ingresan a su patrimonio, y que por estar protegidos por la garantía de la propiedad del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, se hacen intangibles para la Administración.

En efecto, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago reconoció expresamente que las empresas sanitarias tienen “*incorporado en su patrimonio el derecho a que el proceso de fijación de sus tarifas lo*

¹² Junto con el fallo que se comenta, existen otros pronunciamientos jurisprudenciales que reconocen el derecho a impugnar los actos trámite. Entre otros, *vid*, por ejemplo, la sentencia de fecha 29 de octubre de 2003, pronunciada por la Corte Suprema, en que se falló: “*Que de lo anterior se desprende que el informe emitido por la S.E.C. y que se ha comunicado a la reclamante mediante el oficio impugnado, no a constituir, desde la perspectiva de esta institución, un acto o trámite de carácter terminal, esto es, que pone fin a su participación en el proceso de fijación tarifaria. Por lo tanto, no resulta posible sostener la tesis de que no sería reclamable por no tener la calidad de acto terminal, sino tan solo de actuación intermedia. Es cierto que se trata de un acto intermedio, pero inserto en un complejo procedimiento aún más general, correspondiente al ya dicho proceso completo de fijación de tarifas*” [Considerando 13°].

sea de acuerdo con los parámetros que la propia ley señala”, así como el derecho a que “sea una comisión de expertos la que dirima de todo aquello que no fue posible solucionar directamente entre las partes intervinientes en el proceso”¹³. Por eso es que la Corte concluyó que la actuación de la Superintendencia no solo era ilegal, sino que también lesionaba el derecho de propiedad que la recurrente tenía sobre dichos bienes.

En nuestro parecer, lo resuelto en el caso que se analiza es importante por dos motivos.

Primero, porque desmitifica otro dogma que por años y años se ha repetido en materia de Derecho Administrativo, según el cual las leyes de derecho público no generan derechos adquiridos en favor de los particulares¹⁴⁻¹⁵. Con el criterio sustentado por la Corte, en cambio, es perfectamente posible que los particulares –en este caso, las concesionarias de servicios sanitarios– invoquen frente a la Administración derechos que adquirieron directa e inmediatamente de la ley, y cuya eficacia no se encuentra subordinada a la dictación de un acto administrativo que lo formalice.

Y en segundo lugar, porque el fallo reconoce que los particulares tienen derecho a que la actividad económica que desarrollan sea regulada en los términos autorizados en la ley, y que no es lícito que por la vía meramente administrativa se establezcan regulaciones más gravosas y estrictas que aquellas señaladas por el legislador. En este caso, pues no era lícito que la Superintendencia señalara que solo se podían discrepar ante la Comisión de Expertos, los resultados que ella misma enumeraba en sus Bases, y no todos los demás parámetros y resultados que pudieren contenerse en los estudios, y que el artículo 10 de la Ley de Tarifas autorizaba a someter al conocimiento y decisión de dicho organismo.

¹³ Considerando 9° de la sentencia de primera instancia.

¹⁴ Interesantes críticas acerca de este antiguo dogma pueden encontrarse en: IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, *“La intangibilidad a los actos administrativos favorables como límite a la revocación e invalidación de oficio”*, en Conferencias acerca de la Ley N° 19.800 sobre Procedimientos Administrativos, Academia de Derecho de la Universidad Santo Tomás, 2003, pp. 63-74.

¹⁵ Este dogma ha dado pie para que la doctrina civilista sostenga, entre otras cosas, que las leyes de derecho público o administrativas pueden producir efecto retroactivo y afectar situaciones jurídicas consolidadas antes de su entrada en vigencia. Vid, por ejemplo, ARTURO ALESSANDRI, MANUEL SOMARRIVA y ANTONIO VODANOVIC, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, 1998, Tomo I, pp. 257-258.

Lo novedoso es que en esta ocasión, la Corte no enfrentó el problema a la luz del artículo 19 N° 21, inciso 1°, de la Carta Fundamental –que le habría permitido concluir que el acto administrativo que regulaba el ejercicio de la actividad económica era inconstitucional por sobrepasar los márgenes regulatorios establecidos por el legislador¹⁶–, sino que lo enfrentó a la luz del derecho de propiedad del artículo 19 N° 24.

Lo que el sentenciador entendió, entonces, es que más allá del derecho a desarrollar una actividad económica “respetando las normas legales que la regulen”, existe un derecho de propiedad sobre la regulación misma, que impide a la autoridad administrativa imponer o establecer regulaciones diversas. ¡Interesante forma de entender el problema, que con toda seguridad dará para los comentarios de nuestros autores!

En síntesis, la segunda gran lección que nos dejan las sentencias que se analizan, es que de las leyes que regulan las relaciones entre los particulares y la Administración, sí pueden emanar y generarse derechos adquiridos para las personas, que la autoridad tiene siempre el deber de tutelar y respetar.

VI. TERCERA LECCIÓN: UN REGLAMENTO ILEGAL NO EXIME A LA ADMINISTRACIÓN DE SU DEBER DE CUMPLIR CON LA LEY

No es poco común que las actuaciones ilícitas de la Administración se funden o sustenten en actos reglamentarios igualmente ilegales. Tampoco es extraño que cuando se recurre de protección en contra de este tipo de actos, la Administración se defienda señalando que su proceder se ajusta a una norma reglamentaria vigente que no ha sido impugnada; que el plazo para impugnarla por esa vía se en-

¹⁶ De acuerdo a la doctrina más autorizada, el acto administrativo que impone regulaciones al ejercicio de una actividad económica en términos más gravosos y estrictos que los que señala la ley, es inconstitucional por vulnerar el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental. *Vid*, ARTURO FERNANDOIS VÖHRINGER, *Derecho Constitucional Económico*, Ed. Universidad Católica de Chile, 2ª Edición, 2006, p. 163; quien señala: “Permítasenos entonces plantear una tesis impecable ante la Carta, pero realista en el mundo real: la ejecución administrativa de la ley reguladora podría conllevar también cierto grado de regulación, entendida como ‘ajusta a regla o someter a reglamentación’; pero la esencia de la ejecución –que la separa de la regulación– consiste en que esta norma ejecutora no podrá jamás imponer parámetros, regulaciones, requisitos, formalidades u ordenaciones que sean más exigentes, gravosos o dificultosos que los que ha impuesto previamente la ley”.

cuentra largamente vencido; y que, en cualquier caso, la norma reglamentaria en que se funda el acto administrativo impugnado se debe presumir válida, mientras no se dicte una sentencia en que se establezca lo contrario.

El fallo de la Corte Suprema que se analiza es una “clase magistral” acerca de que estas típicas excusas que invoca la Administración, no tienen asidero alguno, al menos en sede de protección.

En efecto, la sentencia de segunda instancia es clara y categórica en señalar que para los efectos de un recurso de protección, el acto administrativo impugnado debe confrontarse directamente con la ley —así lo dice el artículo 20 de la Constitución, al referirse a actos “*ilegales*”—, con total prescindencia de si existen normas reglamentarias en que la autoridad recurrida haya podido fundar su decisión¹⁷.

En el caso que se analiza, recuérdese que si bien la Ley de Tarifas señalaba que podían ser discrepados todos los resultados o parámetros contenidos en el “estudio de costos” de la autoridad, el Reglamento sobre Funcionamiento de la Comisión de Expertos señalaba que solo podía discreparse de los resultados contenidos en el estudio de costos elaborado por la Superintendencia. Y la autoridad, valiéndose precisamente de esta norma reglamentaria, intentó justificar su decisión de limitar en las Bases Preliminares del proceso, el derecho del prestador sanitario a discrepar de todo y cualquier resultado y/o parámetro.

¿Y qué resolvió la Corte? Nuestro más alto tribunal resolvió que la legalidad de las Bases debía juzgarse directamente en relación con la Ley de Tarifas, y no a la luz de una norma reglamentaria que era, por lo demás, abiertamente ilegal y contraria a ella.

En nuestra opinión, este es un importante triunfo del Estado de Derecho y, además, una importante victoria del recurso de protección, que lo afianza todavía más como el mejor mecanismo existente para defender a los particulares de la actividad administrativa ilícita.

¹⁷ En el derecho comparado, la impugnación que un particular hace de un acto administrativo dictado en sujeción a un reglamento previo, se denomina “impugnación indirecta del acto reglamentario”. Vid, MARIO REJTMAN FARAH, *Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa*, Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 122 y ss.

VI. REFLEXIONES FINALES

El fallo analizado nos ha dejado importantes lecciones acerca cómo se deben proteger los derechos de las personas frente a la Administración: se ha admitido la impugnación de los “actos trámite”; se ha reconocido que los particulares pueden adquirir derechos directa e inmediatamente de la ley, los que se hacen intangibles para la autoridad administrativa; y se ha hecho hincapié de que la Administración no puede excusarse de su deber de tutelar los derechos que los particulares adquirieron en virtud de la ley, ni aun invocando una norma reglamentaria que le permita formalmente afectarlos.

Ojalá que en los años venideros, nuestros tribunales nos enseñen nuevos mecanismos para fortalecer nuestro Estado de Derecho y para asegurar el cumplimiento del *deber primordial* del Estado, que no es otro que el de “estar al servicio de la persona humana”.

“Revisores Independientes”: reserva legal y el efecto extensivo de las sentencias del Tribunal Constitucional*



RODRIGO DELAVEAU SWETT

*Abogado y Magíster en Derecho Público UC
Instituto Libertad y Desarrollo*

RESUMEN EJECUTIVO

El comentario analiza los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el proyecto de ley relativo a calidad de la construcción, que declaró la inconstitucionalidad de las relativas a los revisores independientes, por delegarlas a un reglamento. El mérito del fallo radica en la defensa de la reserva legal absoluta acerca de materias que digan relación con el debido proceso en los procedimientos sancionatorios, lo que siempre es bienvenido. Por otro lado, el fallo prestó la oportunidad para que la Autoridad Administrativa derogara “acatando” el fallo del tribunal, toda la regulación reglamentaria de dichos revisores, dejándolos en una situación de incerteza jurídica y sin base para realizar la actividad que les encomienda la ley. De las situaciones ocurridas bajo este régimen de anomía –mientras se dictaba la ley sobre revisores independientes que pretendía hacer cumplir lo fallado en la sentencia del Tribunal– se analiza la postura de nuestros tribunales ordinarios y la Contraloría, que pusieron atajo a la discrecionalidad Administrativa. De este modo, vemos los efectos directos e indirectos de la justicia constitucional en todo el ordenamiento jurídico, como una expresión de la Supremacía Constitucional, donde la defensa de principios libertarios como la reserva legal y el debido proceso deben operar siempre a favor del individuo, y no como un resquicio regulatorio de la Administración.

SUMARIO

1.- Introducción. 2. El Fallo. 2.1.-Aspectos Preliminares sobre la LGUC. 2.2.- Objeto del Proyecto de Ley. 3.- Las Lecciones de “Revisores Independientes”. 3.1.- Fijación anticipada sobre el criterio de interpretación o hermenéutica constitucional. 3.2.- Inconstitucionalidad de Forma: presencia de un análisis cualitativo. 3.3.- Resolviendo el fondo del asunto. Reserva Legal y Debido Proceso: 4.- Supremacía Constitucional: Más allá del Tribunal Constitucional. 4.1 La desvinculación, revinculación y sobrevinculación unilateral de la doctrina constitucional por parte de la Administración. 4.2 Asimilación de la sentencia y salida legal 4.3.- La reafirmación judicial y contralora de la doctrina del Tribunal Constitucional. 5.- Conclusiones. 6.- Bibliografía.

* Sentencia Rol N° 478 del Tribunal Constitucional de fecha 21 de abril de 2005 referido al requerimiento presentado con fecha 10 de marzo de 2005, doce señores senadores con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones del proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

1. INTRODUCCIÓN

Es cierto que el año 2005 no fue abundante en fallos relevantes en materia constitucional. La sentencia analizada constituye un testimonio de que en definitiva, el hecho de que ciertas materias sean reservadas al legislador, no solo responde a la distribución formal, neutra o antojadiza de facultades, sino que responde a una idea central –pero a veces olvidada– en la democracia moderna: la separación de poderes. Su propósito principal, como señala Posner, es prevenir la monopolización del poder coercitivo del Estado, que constituye una forma de monopolio potencialmente más costosa que cualquier otra¹.

Uno de los puntos más singulares de la sentencia radica en que los elementos de mayor interés son tanto exógenos como endógenos. En efecto, por un lado su texto contiene doctrina que endulza los requerimientos más sofisticados de los exegetas del derecho. Por otro, se concretan y precisan normas de enorme aplicación práctica –con un mensaje directo– respecto de cómo la Constitución es una herramienta que gravita diariamente en la vida del ciudadano común. Y es que las sentencias judiciales no son islas. Esta idea, que incluso a los más versados juristas les cuesta clarificar, reconoce que el denominado efecto relativo de las sentencias² es un principio cada vez más... relativo, y para algunos autores como Alejandro Romero simplemente, hemos tocado fondo³. En consecuencia, la primera de las razones para analizar este fallo es precisamente los

¹ POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Sixth Edition. Aspen Publishers, 2003. pp. 652-653. El análisis de Posner es eminentemente económico, pero íntimamente ligado a la protección de los derechos de la persona, en el cual *“muchos de los derechos protegidos en la Constitución están relacionados con el propósito anti monopolístico de la separación de poderes”*.

² En nuestro derecho este principio ha sido –históricamente– de amplia aplicación, teniendo su fundamento en el Artículo 3° inc. Segundo del Código Civil, al señalar que *“Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronuncien”*. Si bien se trata de la regla general, el propio Código de Bello contempla excepciones en los artículos 315 original (que versaba sobre la sentencia que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo) y 1246 relativo a la declaración judicial de heredero.

³ Para este autor, *“Hemos tocado fondo con el problema del efecto relativo de la sentencia, a propósito de entender el valor de entender la jurisprudencia. Qué mejor caso que el de la píldora del día después, se anula el primer fármaco elaborado en base a un determinado producto químico, se aprueba por la autoridad sanitaria, antes que saliera este fallo, otro con el mismo componente químico y resulta que hoy día se vende en las farmacias. El anterior se anuló diciendo que el efecto relativo de la sentencia no le afecta al nuevo fármaco. Cómo no vamos a hacer crisis, a propósito del efecto relativo de la sentencia, cuando resulta que al Tesorero General de la República se le ha dicho en centenares de ocasiones que no constituye en acto ajustado a la Constitución retener el cheque fiscal. Se le ha dicho a Impuestos Internos que el bloqueo tributario es inconstitucional, pero persisten en su actitud.*

efectos indirectos que produjo en el ejercicio de una actividad económica. Y no se refiere a efectos que podríamos catalogar de difusos o cuestionables, sino a sentencias o dictámenes concretos –emanados de órganos públicos– que hacen carne los argumentos y decisiones tomadas por el Tribunal Constitucional. Lo anterior echa por tierra a quienes piensan que muchas de estas decisiones solo se desenvuelven en las altas esferas de las decisiones públicas.

En vista de lo anterior, resulta inevitable hacer el seguimiento a las consecuencias jurídicas y fácticas que desencadenó el presente fallo, llegando a materializar principios, enfoques e interpretaciones más allá del texto de la sentencia. En ese sentido nuestro comentario no se limitará al fallo del tribunal constitucional, sino que abordaremos las sentencias del Poder Judicial y contralor que fueron decantaciones inmediatas de las consideraciones del fallo en comentario. Son estas consecuencias –directas e indirectas– las que permiten un análisis con mayor perspectiva de cómo las sentencias judiciales tienen, a la larga, un impacto en las políticas públicas y en el quehacer ordinario de las personas.

En segundo lugar, existen fallos que constituyen hitos jurisprudenciales. Otros, se dedican a reafirmar estos hitos o darles precisión a los primeros. En nuestro análisis –y sin que lo planteado anteriormente reste mérito al fallo comentado– las sentencia consolida muchos de los principios e interpretaciones de fallo anteriores. En este sentido su valor es verdaderamente jurisprudencial en cuanto solidifica y consolida una doctrina, constituyendo un verdadero *precedente*. De ahí la segunda relevancia del presente fallo como objeto de estudio desde la visión de las políticas públicas.

2. EL FALLO

2.1 Aspectos preliminares sobre la LGUC

La ley general de urbanismo y construcciones (LGUC) es anterior a la Constitución de 1980 y nunca ha sido debatida enteramente en el

Tenemos un problema pendiente aún, me parece que incorporar este tipo de acciones sin los debidos matices es como pasar de aprender las reglas elementales de la aritmética al cálculo avanzado. Hay que aprender las otras operaciones y dominarlas. ROMERO, Alejandro. *Las Acciones de interés Colectivo y Difuso en la ley de Protección al consumidor*, en Seminario "Nueva Ley de los Derecho del Consumidor: Alcances y Efectos" Santiago. Agosto de 2004, disponible en www.lyd.com

Congreso Nacional, puesto que nace formalmente como un decreto cuya naturaleza real ha sido reconocida como fruto de una facultad legislativa delegada. En otras palabras, la LGUC nunca ha sido sometida a un análisis íntegro de Constitucionalidad, respecto del cual –sospechamos– no saldría bien parada⁴.

Todas las reformas presentadas hasta ahora han sido parciales, salvo excepciones⁵. De ahí la necesidad de dictar un texto legal acorde con el respeto que la Constitución manifiesta frente al derecho de dominio y a la libertad de las personas para emprender, como en su momento se pretendió con el Proyecto de Ley que introducía la Planificación territorial, retirado por el propio Ejecutivo de su tramitación legislativa. Este último, representaba una oportunidad para un debate abierto en el Congreso Nacional, que encuadrara la normativa dentro del marco jurídico de la Constitución de 1980. Sin embargo, como se pudo apreciar del contenido del proyecto, lo que se vino proponiendo era exceder aún más dicho marco constitucional, y remitir en exceso materias al ámbito reglamentario, en circunstancias que se trata de materias propias de la potestad legislativa⁶.

⁴ Notable es esta área es el esfuerzo de Patricio y Juan Eduardo Figueroa donde detallan el marco constitucional en que debiera desenvolverse la ley que regule este tipo de actividades. Señalan estos autores su que *“La aplicación a nuestro Derecho del “principio de Legalidad” en materia urbanística hace especialmente necesario hacer un breve recuento de las normas fundamentales de tipo constitucional, legal y reglamentario del Derecho Urbanístico”* (FIGUEROA V. Patricio y FIGUEROA V. Juan Eduardo, *Urbanismo y Construcción*. Editorial LexisNexis. pp.16-17)

⁵ Desde el 22 de mayo de 1990 hasta la fecha de publicación de este artículo se han presentado más de 30 proyectos de ley que han pretendido, con distinta suerte, modificar la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

⁶ Las críticas no se hicieron esperar. La iniciativa era negativa y estatista. Centralizaba absolutamente la planificación, al punto de reducir casi a cero la autonomía municipal; no mejora las falencias actuales de los planes reguladores ni aspectos como las superposiciones de los comunales con los intercomunales, además, mantiene el límite urbano y de extensión urbana, y las competencias y ámbitos propios de cada nivel de planificación; agregaba trabas adicionales a las actuales harán casi imposible que una comuna pueda regular su territorio, puesto que, desde el nivel central y regional definirán hasta el más mínimo detalle cada aspecto de la planificación; introduce un sinnúmero de nuevas cargas que deberán soportar los particulares, al punto que probablemente terminará ahogando al sector privado. Por otra parte ahogaba a la actividad industrial y crea un sistema casi irracional de control ambiental. Una ley que actualmente solo afecta a las construcciones, se transforma en otra que regula todas las actividades económicas que tienen asiento en el territorio, sumado a que se pasa de una planificación urbana, a una planificación de todo el territorio, reforzando de paso, el control centralizado de la economía, en dichas actividades, a través del Ministerio de Vivienda, apoyado por los órganos sectoriales, que, podrán transformar en normas imperativas los planes y programas de sus respectivos sectores, dado que, estos últimos se incorporan automáticamente al plan regional. Sin perjuicio de lo anterior, el proyecto presentaba numerosas normas inconstitucionales.

2.2. Objeto del proyecto de ley sobre “Calidad de la Construcción”

De vuelta en nuestro análisis, el Mensaje del Ejecutivo que “Modifica normas del decreto con fuerza de ley N° 458, de 1975, ley general de urbanismo y construcciones, relativas a la calidad de la construcción” (Boletín 3418-14) inició su tramitación en la Cámara de Diputados el 13 de noviembre de 2003⁷.

El proyecto original contenía diversos objetivos. A saber:

- Eximir al propietario primer vendedor de responsabilidad por fallas en ampliaciones, transformaciones o adecuaciones de la propiedad efectuadas con posterioridad a la fecha de la escritura de compraventa, siempre que el propietario primer vendedor así lo pruebe;
- Establecer nuevos plazos de prescripción para el ejercicio de las acciones civiles contra el propietario primer vendedor, por parte del adquirente, según la naturaleza del defecto alegado⁸;
- Precisar que el juez de letras es el competente para conocer de las acciones por defectos de la vivienda;
- Establecer que la aplicación de las multas por infracción a la normativa sobre construcciones, se hará proporcionalmente sobre el valor de aquella parte de la obra en la que se configura la infracción.

En cuanto a los revisores independientes, el proyecto pretendía:

- Eliminar la facultad de contratar un revisor independiente para el caso de edificios de uso público;

les ya que vulnera el principio de reserva legal, excede las atribuciones de la Potes-
tad Reglamentaria, afecta la Autonomía Municipal; restringe el ejercicio de los dere-
chos Constitucionales de Libre Ejercicio de Actividad Económica, de no Discrimina-
ción Arbitraria de la Autoridad, de Igualdad en las Cargas Públicas y el Derecho de
Propiedad y la Garantía de no afectar los derechos en su esencia. (Instituto Libertad
y Desarrollo, Reseña Legislativa N° 680, de 30 de Julio de 2004). Sin más, y habien-
do ingresado el 15 de junio de 2004, fue retirado el 7 de marzo de 2006.

⁷ El Proyecto contemplaba un Artículo único, que modifica los artículos 18, 19, 20, 166 bis, 116 bis B y 114, de la ley general de urbanismo y construcciones.

⁸ Que son los siguientes: 10 años desde la fecha de recepción municipal, si el defecto impide utilizar la casa habitación como tal; 3 años desde la escritura de compraven-
ta, si el defecto radica en los elementos de las terminaciones (cubiertas, pisos,
pintura exterior, humedad, etc.); 1 año desde la escritura de compraventa, si el
defecto se produce en las instalaciones o terminaciones, tales como pintura interior,
alfombras, y similares. 5 años desde la recepción municipal, si se trata de defectos
no comprendidos en los casos anteriores (estructura no soportante, tabiques, bases
de pavimentos, y otros).

- Excluir de la competencia de los revisores independientes, las materias propias de los directores de obras municipales (con relación a los edificios de uso público) y:
- Suprimir la revisión del director de obras municipales respecto de los proyectos que cuenten con informe favorable del revisor independiente o del arquitecto proyectista⁹.

Su tramitación no estuvo ausente de incidentes. Todas las indicaciones propuestas para eliminar las normas que posteriormente fueron declaradas inconstitucionales, fueron rechazadas por las Comisiones permanentes de la Cámara y el Senado, en su gran mayoría, por la unanimidad de sus integrantes¹⁰.

El proyecto fue aprobado en tercer trámite, en la Cámara de Diputados el 17 de marzo de 2005, cuyo texto sería objeto de un requerimiento ante el Tribunal Constitucional¹¹, sentencia que es objeto de nuestro comentario. Así, con fecha 10 de marzo de 2005, doce señores senadores¹² formularon un requerimiento con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones del proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones, por cuanto

⁹ Tratándose de un proyecto referido a una sola vivienda, o a una o más viviendas progresivas o infraestructuras sanitarias, el informe antes mencionado podrá ser emitido por el arquitecto proyectista bajo declaración jurada (artículo 116 bis B), vigente.

¹⁰ De ello dan cuenta los informes de comisiones, en especial, la votación en particular realizada en la Comisión de Vivienda y Urbanismo del Senado, con fecha 11 de enero de 2005.

¹¹ Algunos senadores, que no integraban la comisión respectiva, ya habían manifestado su dudas sobre la constitucionalidad de ciertas normas del proyecto. El senador Bombal dejó constancia de sus dudas constitucionales sobre la iniciativa ya que *"el presente texto legal vulnera los objetivos antes descritos ya que afecta atribuciones de los directores de obras municipales. Esta autoridad cuyo superior jerárquico es el Seremi de Vivienda, es un órgano propio de la organización municipal, por lo que tiene el carácter de Ley Orgánica Constitucional"*. Otros reparos de constitucionalidad que planteó el parlamentario fueron para los artículos que proponían los requisitos de inscripción, las causales de incompatibilidad, amonestación y suspensión del registro de profesionales que participan en las obras, por incumplimiento de sus obligaciones, lo que afectaría el ejercicio de una actividad económica imponiendo condiciones para su ejercicio". (www.senado.cl, miércoles 8 de septiembre de 2004). Por estas razones el legislador pidió revisar el quórum constitucional de aprobación y remitir el proyecto al Tribunal Constitucional para su control preventivo.

¹² La nómina de los senadores es la siguiente: señora Evelyn Matthei Fornet y señores Carlos Bombal Otaegui, Carlos Cantero Ojeda, Marcos Cariola Barroilhet, Andrés Chadwick Piñera, Sergio Fernández Fernández, Antonio Horvath Kiss, Jorge Martínez Busch, Jovino Novoa Vásquez, Baldo Prokurica Prokurica, Mario Ríos Santander y Sergio Romero Pizarro.

consideraron que violan diversas disposiciones de la Constitución Política, entre ellas las de los artículos 6, 7, 63, 82 n° 1, 61, y 19, numerales 3, 21 y 26, estos últimos en relación con los artículos 32 n° 8 y 60 de la misma.

Los requirentes plantearon al Tribunal dos inconstitucionalidades: una de forma y otra de fondo. Respecto de la primera, impugnaron las normas del proyecto que se refieren a las atribuciones de los Directores de Obras Municipales, las cuales dicen relación con la principal función que ellos desempeñan dentro de la administración comunal, esto es, la de otorgar permisos de construcción. A saber:

1. El número 4, letra b), de su artículo único, que introduce un nuevo inciso quinto al artículo 116 del DFL N° 458, de 1975.
2. El número 6, de su artículo único, que deroga el artículo 116 bis B) del DFL N° 458, de 1975.
3. El número 7, de su artículo único, que sustituye el artículo 118 del DFL N° 458, de 1975.
4. El número 8, letra b), de su artículo único, que modifica el artículo 144 del DFL N° 458, de 1975.

Todas ellas, ya sea por la vía sustitutiva, supresiva o aditiva, abordan materias que claramente son orgánicas constitucionales y, por ende, debieron ser sometidas a votación con quórum superiores y disponer que el Tribunal Constitucional conociera de ellas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107, inciso quinto, de la Constitución Política, en relación con los artículos 3°, letra e), 24 y 140 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Junto con lo anterior, los requirentes hicieron hincapié en que resulta irrelevante que dichas facultades consten en un cuerpo normativo legal diverso al de la ley orgánica constitucional respectiva, ya que es la *materia* la que debe ser sometida a los requisitos de quórum y control antes mencionados, con total independencia del texto legal que las contenga.

En relación con la inconstitucionalidad de fondo, el precepto que se impugna es el contenido en el número 5 del artículo único del proyecto, en virtud del cual se reemplaza el artículo 116 bis del DFL N° 458, de 1975. En él, se contempla una delegación impropia que el legislador hace en el reglamento, lo que vulnera los artículos 6°, 7°, 19, N°s. 3°, 21° y 26°, y 63 de la Carta Fundamental. Su inciso primero dispone que:

“... la Ordenanza General podrá determinar las edificaciones en que será obligatoria la contratación de revisor independiente para los respectivos permisos de edificación o de recepción definitiva”.

En este caso, las condiciones y requisitos de ejercicio de una actividad económica como la de revisor independiente se delegan impropriamente en el reglamento, el que podrá determinar cuándo la contratación de un revisor es obligatoria para la obtención de los respectivos permisos; lo que importa, al mismo tiempo, una carga sobre el derecho de propiedad de las edificaciones que se verán necesariamente sujetas a una contratación que no se encuentra definida por la ley.

Lo mismo ocurre con la delegación que se hace en el inciso segundo de la norma en análisis, en el cual se indica que el “contenido” de los informes que deben emitir los revisores independientes lo “determinará la Ordenanza General”. Agregan que reviste mayor gravedad lo dispuesto en el inciso final de la disposición antes mencionada que señala:

“El reglamento que se dicte para el registro a que se refiere el inciso primero establecerá los requisitos de inscripción, las causales de inhabilidad, de incompatibilidad y de amonestación, suspensión y eliminación del registro por incumplimiento de sus obligaciones”.

De acuerdo con él, no es solo la actividad económica que realizan los revisores la que queda entregada al arbitrio del poder reglamentario del Presidente de la República, sino que, además, el poder sancionatorio en relación con el ejercicio de la misma, lo que vulneraría lo establecido en el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental. En esa lógica, los requirentes argumentaron que las materias que se pretende que se regulen por el reglamento son de naturaleza indelegables, pues afectan el ejercicio de una actividad económica, imponiendo condiciones o requisitos para desarrollarla, lo que está expresamente prohibido según lo que disponen los artículos 19, N°s. 21 y 26, y 61 de la Constitución Política.

Dado lo anterior, era de esperar que los argumentos de la contraparte se enfocaran a atacar estos presupuestos desde la perspectiva de considerar qué ámbito de la ley orgánica constitucional es el de fijar o señalar las competencias de que están dotados los municipios, pero no el establecimiento de las condiciones, formas y procedimientos para su ejercicio. Por otra parte, el Ejecutivo se escudó en la norma que permite *aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización, en la forma que determinen las leyes,*

*sujetándose a las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo*¹³.

El Ejecutivo expresó que las atribuciones de las Direcciones de Obras Municipales en relación con la aprobación de los proyectos de obras de urbanización y construcción y el otorgamiento de permisos de edificación, no se ven alteradas en forma alguna por las disposiciones que se objetan por parte de los requirentes. Los preceptos impugnados solo se referirían, entre otros aspectos, al procedimiento a que debe sujetarse la concesión de autorizaciones y los plazos en que la autoridad ha de pronunciarse, pero la función municipal de velar por la aplicación de las normas sobre urbanismo y construcción y las facultades especiales de los Directores de Obras al respecto permanecen incólumes.

En relación con el nuevo artículo 116 bis del DFL N° 45 de 1975, comprendido en el artículo único, N° 5 del proyecto, sus disposiciones abordarían todos los aspectos de la misma que son disciplinados en atención al interés público que se busca cautelar. En esa línea argumental, si la ley convoca al reglamento lo hace para regular la potestad registral, no la actividad del revisor¹⁴.

En cuanto al fondo, el Ejecutivo planteó que las remisiones reglamentarias que se contienen en la norma no afectan derechos fundamentales. Lo anterior, en vista de que el derecho a desarrollar cualquier actividad económica no excluiría la actuación de los poderes públicos para su ordenación a fin de resguardar el bien común. Por ello se recurre a la fórmula que esta regulación sería de reserva legal relativa, donde por potestad reglamentaria se conforme al artículo 32 N° 8, de la Constitución, encomienda al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria para la ejecución de las leyes.

Por último, el Ejecutivo termina señalando que tampoco se vulnerarían los principios del derecho administrativo sancionador, ya que sería la ley y no el reglamento la que contempla las sanciones como también la causal que permite aplicarlas¹⁵.

¹³ Artículos 3°, letra e), y 24, letras a) y g), de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

¹⁴ Para lo anterior se basan en el hecho de que el Decreto Supremo N° 177, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 1997, dictado en ejercicio de una facultad idéntica a la impugnada no establece nada que exceda el marco antes mencionado ni se refiere a la relación del revisor con aquellos que contraten con él. Como se vería posteriormente, el Tribunal rechazaría este argumento.

¹⁵ Notoria es la influencia en la postura del Ejecutivo de autores españoles como el profesor español Alejandro Nieto, al expresar que "la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador se justifica, por lo demás, por la necesidad de garantizar los derechos fundamentales del ciudadano en un mínimo suficien-

3. LAS LECCIONES DE “REVISORES INDEPENDIENTES”

El fallo, al abordar el requerimiento y su contestación, plantea tres aspectos relevantes que resulta ineludible analizar: La determinación anticipada de un criterio interpretativo; la cuestión de forma; y el fondo del asunto.

3.1. Fijación anticipada sobre el criterio de interpretación o hermenéutica constitucional

La ley debe interpretarse del modo más compatible, o que más conforma parezca, con la Carta Política. Este principio no presenta problemas tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, salvo en relación a la interpretación que el Tribunal Constitucional hace respecto a los proyectos sometidos a su control. Así, el Tribunal puede interpretar de una manera determinada los proyectos, distinta al sentido originario dado por el Poder Legislativo¹⁶.

Debido a lo anterior, el sentenciador anticipa cuáles van a ser sus criterios interpretativos. En esta lógica, utiliza dos principios que se articulan el uno al otro, al momento de realizar su examen hermenéutico. El primero de ellos los denominaremos Principio de flexibilidad limitada, en virtud del cual la aplicación de este criterio evita extender el contenido de las leyes orgánicas constitucionales más allá de lo necesario y permitido por la Carta, ya que el hacerlo *privaría a nuestro sistema legal de una equilibrada y conveniente flexibilidad, dado el alto quórum que exige esta clase de leyes (LOC) para su aprobación, modificación o derogación*¹⁷. El segundo, se refiere al ya utilizado en innumerales fallos, denominado principio de interpretación armónica, que en esta ocasión lo hace bajo un criterio *en que en cada caso particular debe buscarse la interpretación que mejor concilie una*

te como para impedir una desigualdad de trato entre el procesado y el que es objeto de un procedimiento administrativo”. (Parte expositiva, fallo N°437 TC, párrafo final).

¹⁶ La doctrina nacional se manifiesta en sentido diversos. Para Zapata esto se denomina *sentencia interpretativa*. En tanto, para Aldunate, estas sentencias interpretativas exceden la competencia del TC, interviniendo en las facultades legislativas, ya que si el TC a través de una sentencia declara inconstitucional una ley, porque el sentido que este TC le atribuyó es contrario a la Constitución, implicaría que las sentencias interpretativas imponen un único sentido posible a las leyes. Es decir, el efecto de la sentencia interpretativa del TC es el mismo que produce una ley interpretativa, efecto que por lo demás nuestro ordenamiento jurídico no contempla.

¹⁷ Considerando segundo, Sentencia Rol N° 437, TC.

*estricta aplicación del texto constitucional con una normativa legal sistemática, coherente y ordenada, que facilite su comprensión y aplicación*¹⁸.

Con todo, no es posible –al menos en esta instancia– develar la importancia (o la total irrelevancia) de tal declaración, toda vez que el Tribunal debiera explicar cómo es que aplicó estos principios en cada una de sus decisiones, lo que hace de manera imperfecta. Así, en gran parte de sus análisis no entrega razones de por qué sentenció en tal o cual sentido, lo que dificulta el comentario pormenorizado de sus decisiones. En el derecho comparado existen numerosos trabajos que denuncian este –aparentemente– común defecto de muchas sentencias emanadas de tribunales superiores de justicia¹⁹.

Tampoco queremos decir con esto que dichos presupuesto interpretativos sean vacíos o carentes de sentido. Simplemente queremos afirmar que de no mediar un aplicación pragmática de los mismos, se deforman en definiciones neutras y muchas veces tautológicas²⁰.

3.2. Inconstitucionalidad de Forma: presencia de un análisis cualitativo

Los procedimientos rara vez son mirados como garantías. De ahí la necesidad de reafirmar que ellos están dirigidos –precisamente– a dar un marco de seguridad jurídica a los destinatarios de la norma. Hay un imperativo de dotar al Código Supremo de un carácter eminentemente operativo, de manera de sujetar la acción parlamentaria a un *modus operandi* establecido en la Constitución²¹. Ya en el pasado, el Tribunal Constitucional ha resuelto sobre su capacidad de resolver este tipo de asuntos, entre los cuales destaca el denominado “Ministros Suplentes” donde se declara la inconstitucionalidad de forma del proyecto de ley que faculta a la Corte Suprema para designar ministros suplentes²², o

¹⁸ Id.

¹⁹ Vid. PETERSON, Andrea, *The Taking Clause: In Search of Underlying Principles*. California Law Review. Vol. 77 (1988) p.1341.

²⁰ ZAPATA L. Patricio. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Biblioteca Americana. 2002. pp. 21-66.

²¹ Ya el Consejo de Estado tuvo especial consideración en la conveniencia de dotar al TC de facultades que permitan ejercer el control de la constitucionalidad de forma que debe observarse en la tramitación de las leyes. Actas del Consejo de Estado, sesión 86ª, del 21 de agosto de 1979, pp. 89-99.

²² En dicho fallo el TC sentenció que “se ha cometido un vicio formal en la tramitación del proyecto sujeto a control de este tribunal, al no haberse oído en el segundo

en “Centrales Sindicales”, donde el Tribunal Constitucional advirtió un vicio cometido por la Cámara de Diputados²³. La sanción en este caso, al igual que el fallo en comento, es implacable: nulidad de los artículos respectivos.

El análisis de contenido –pero que en definitiva resulta un criterio fundante– de un aspecto formal se centra en que el Tribunal vislumbra que las funciones y atribuciones sustantivas del Director de Obras Municipales son cuestiones reguladas por una L.O.C., que precisamente tiene este rango por mandato del Artículo 118 de la Carta Fundamental. En este análisis, solo acoge el requerimiento en lo relativo a la norma que pretende modificar el artículo 116 bis de la LGUC, en cuanto este contiene atribuciones que son propias del Director de Obras Municipales y que por lo tanto debieran ser materia de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades o al menos debieran ser aprobadas con el quórum correspondientes, esto es, 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio.

Sin ser completamente novedosa, hay que rescatar la interpretación realista del Tribunal Constitucional al sentenciar que *“no solo son de rango orgánico constitucional aquellas normas que expresamente la Carta dispone que lo sean, sino también las que constituyen su complemento necesario o indispensable, como ocurre en este caso con algunas de las contenidas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que abordan potestades y atribuciones de los Directores de Obras Municipales”*²⁴. Con todo, el mismo criterio es utilizado para rechazar la inconstitucionalidad de normas adyacentes de similar contenido, pero que de conformidad al razonamiento del Tribunal, dejan incólume –sin modificar en su esencia– las facultades concedidas en la LOC de Municipalidades, y que por no modificar su contenido (sino solo especificarlo) dichas normas no deben ser aprobadas con un quórum especial de 4/7. Lamentablemente no existe un pronunciamiento en el fallo acerca de cuál es el criterio para determinar cuándo una facultad es modificada en su esencia y cuándo es solo complementada o especificada.

trámite constitucional la opinión de la Excma. Corte Suprema sobre el texto de ley aprobado pro el Senado”. (Rol 132, de 9 de septiembre de 1991).

²³ Rol N°118, 30 de enero de 1991.

²⁴ Considerando Sexto, Rol N° 437.

3.3. Resolviendo el fondo del asunto. Reserva Legal²⁵ y Debido Proceso:

Los requirentes centraron su argumentación en un artículo del proyecto, en cuya virtud los revisores independientes son regulados en su actividad. Lo que el Tribunal realiza entonces –utilizando el segundo de los criterios expresados– es analizar por separado estas materias.

El fallo acogió, parcialmente, el requerimiento interpuesto. Tal como señalábamos anteriormente, los requirentes, con la intención hacer prevalecer la supremacía constitucional, impugnaron que dicha actividad de los revisores independientes fuese regulada por un reglamento.

La sentencia declaró inconstitucional la norma contenida en el inciso final del 116 bis del proyecto que modificaba la LGUC, por remitir a un reglamento una materia propia de ley. El fundamento central para declarar la inconstitucionalidad de la norma fue que mediante el empalme que hizo el Tribunal con el *debido proceso*²⁶. En efecto, dicho inciso pretendía que el reglamento que se dictare para el registro de revisores independientes estableciere los requisitos de inscripción, causales de inhabilidad, de incompatibilidad y de amonestación, suspensión y eliminación del registro por incumplimiento de sus obligaciones.

El fundamento de la decisión yace en el numeral 3 del Artículo 19 de la Constitución Política, fibra esencial del Debido Proceso en virtud de la cual no pueden regularse a través de un reglamento materias sustantivas tales como las que señalaba el inciso declarado inconstitucional. El fallo dispuso que el proyecto omitía toda norma regulatoria del proceso y del procedimiento a través del cual pueden ser impuestas aquellas sanciones e incluso el órgano administrativo competente para establecer los hechos que configuran la infracción y permiten aplicar una sanción, aun cuando esta sea administrativa y no penal²⁷.

²⁵ Por reserva legal entenderemos el conjunto de materias que de manera exclusiva la Constitución entrega al ámbito del legislador, excluyendo de su ámbito a otros poderes del Estado. Su propósito inicial (en el derecho francés) es dual: Por un lado, garantiza la protección de los derechos de las personas, y garantiza un ámbito de operación al Poder Legislativo.

²⁶ Excedería al propósito de este artículo profundizar en la relación existente entre reserva legal, derecho de propiedad y actividad económica, y debido proceso. El Due Process of law y su vinculación con otros derechos –más allá del ámbito puramente procesal– se remonta en el derecho comparado desde *Chicago, Burlington v. Quincey Railroad Co. en 1897*. Última expresión de esta modalidad está en el controvertido *Kelo v. City of New London* (2005). KMLC, Douglas. *The Heritage Guide to the Constitution*. 2005. P. 344.

²⁷ Entramos aquí al viejo conflicto ley-reglamento. A la luz de los fallos del Tribunal constitucional, la dimensión de este conflicto se da en 3 áreas: ámbito de la ley/ ámbito del reglamento; en ver si las normas administrativas pueden o no regular; y en el control del reglamento.

El Tribunal Constitucional, consideró entonces que el *ius puniendi* tanto jurisdiccional como el que emana del Poder Ejecutivo debe ser materia de Ley, y no puede delegarse a un reglamento, lo cual demuestra su afán de protección a los grupos intermedios, en este caso los revisores independientes. Se reafirma aquí una vez más, la reserva legal absoluta en materia de Debido Proceso²⁸.

Es así, como en el numeral vigésimo tercero de la sentencia dictamina lo siguiente:

“Que, del enunciado efectuado en el considerando precedente se sigue, como conclusión ineludible, que el precepto impugnado es una remisión, aspectos medulares, a la potestad reglamentaria de ejecución de la Ley y subordinada a lo que tal ley haya normado, con antelación y en términos sustantiva y procesalmente suficientes. Efectivamente, las omisiones normativas que evidencia ese precepto en formación impiden que pueda considerarse cumplido el cúmulo de exigencias previstas en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Consiguientemente, el Tribunal debe declarar que tal disposición del proyecto infringe el fondo del precepto constitucional señalado, reproche de inconstitucionalidad material que así será decidido en la parte resolutive de esta sentencia”.

Por ende, el inciso final del artículo 116 Bis, del proyecto de ley, se declaró inconstitucional, dado que a través de ese artículo se delegaba al reglamento la potestad punitiva del Estado. Dicho artículo establecía específicamente lo siguiente:

“El reglamento que se dicte para el registro a que se refiere el inciso primero establecerá los requisitos de inscripción, las causales de inhabilidad, de incompatibilidad y de amonestación, suspensión y eliminación del registro por incumplimiento de sus obligaciones”.

Paralelamente, aun cuando habían sido impugnados, el Tribunal Constitucional declaró constitucionales los incisos primero y segundo del mencionado artículo 116 Bis, que delega a la Ordenanza

²⁸ La jurisprudencia del tribunal en esta materia está algo fragmentada. La posición sobre reserva legal absoluta predominó entre 1990 y 1996 con “Publicidad Caminera” I y II; y con “Playas: en tanto la segunda posición desde 1997 hasta mediados de la década presente referida a una reserva legal relativa, tiene su expresión en “D.S. del MINVU” y “Ley de Presupuesto”. Vemos por tanto en este fallo un reenfoque garantista de la reserva legal. La **reserva legal absoluta** interpreta que nuestra Constitución le exige una regulación más exhaustiva a la ley, de modo que el espacio no lo llene el reglamento. La **reserva legal relativa** en cambio interpreta que en nuestra Constitución la ley solo debe abordar las materias que la Constitución expresamente le encarga abordar, entregándole al reglamento cierto ámbito de regulación. Vid. CARMONA S., Carlos. “La relación ley-reglamento en la jurisprudencia del TC”. Revista de Derecho Público. 2000.

General, la obligatoriedad de contratar a dichos revisores y el formato del informe favorable, respectivamente, pero en el entendido que no disminuía la competencia de los Revisores Independientes, tal como lo declara el considerando Décimo del fallo 437.

Así, y para dar cabal cumplimiento del fallo del Tribunal Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad, eliminó el aludido inciso final, del artículo 116 Bis, del texto definitivo que se promulgó como Ley 20.016. Con esta actuación, en donde el Ejecutivo acató el fallo del Tribunal Constitucional, debieron agotarse los efectos del fallo, puesto que este, solo se pronunció respecto del proyecto de ley que se promulgó como Ley 20.016, en los términos que aludía la sentencia. De este modo, y conforme a lo dispuesto en el artículo 116 bis vigente de la LGUC, a los revisores independientes les corresponde verificar que los proyectos de edificación de obras cumplan con las disposiciones legales y reglamentarias, debiendo emitir los informes que se requieran para tal efecto²⁹.

Pero es en este punto donde es posible ver cómo los fallos de nuestro Tribunal Constitucional tienen permeabilidad a todo el sistema jurídico, y como veremos, ubica al Tribunal como una fuente superior e inserto dentro del andamiaje judicial. Son casos como estos donde la “constitucionalización del derecho” desborda el ámbito legislativo y se inserta en el corazón de las decisiones de los tribunales ordinarios como un referente y una guía³⁰.

Sin embargo, el efecto extensivo de un fallo no puede llevarse a lugares donde el Tribunal no ha querido, pudiendo constituirse en una verdadera *ultrapetita* extra sentencia, menos si dicho efecto es

²⁹ Con todo, estos revisores independientes quedan liberados de verificar el cálculo de estructuras, que es de exclusiva responsabilidad de sus proyectistas. Junto con lo anterior, y de conformidad a lo dispuesto en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, los revisores independientes son subsidiariamente responsables con los proyectistas. Para la doctrina, lo anterior significa que son responsables conjuntamente con los proyectistas, aunque, subsidiariamente en relación con el propietario primer vendedor. FIGUEROA Y FIGUEROA, ob. cit. Pp. 266-267; también CORRAL, Hernán, *Responsabilidad Civil Extracontractual en la Construcción*, RDJ, Tomo XLIII N° 3, 1996 p. 37; La doctrina contraria, es decir que la responsabilidad subsidiaria del revisor independiente es respecto a los proyectistas y no al propietario primer vendedor, es sostenida por Sergio Urrejola en URREJOLA SM, Sergio, *La responsabilidad profesional de los agentes de la construcción.*, Ed. Lexis Nexis, 2004, p. 98.

³⁰ DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIII, N° 3, páginas 107-137. También GUZMÁN BRITO, Alejandro. *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Valparaíso, Editorial Universitaria, 2001.

llevado a cabo por la Administración. Es ahí donde los tribunales ordinarios juegan un rol garantístico al delimitar los efectos precisos de una decisión del Tribunal Constitucional cuando la Administración haga una aplicación discrecional más allá de las decisiones de una sentencia de la justicia constitucional, como veremos a continuación.

4. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: MÁS ALLÁ DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4.1 La desvinculación, revinculación y sobrevinculación unilateral de la doctrina constitucional por parte de la Administración

Como consecuencia de este fallo, con fecha 27 de mayo de 2005 fue publicada la Ley 20.016 sin la norma del inciso final del artículo 116 Bis que regulaba el Registro de Revisores Independiente en razón de haber sido declarada inconstitucional. A partir esta fecha en que la ley entra en vigencia, su texto quedó fijado, y por efecto tácito hubieran quedado derogadas todas las normas inferiores y anteriores que hubieran resultado incompatibles. Pero en este sentido, el principal afectado por dicha sentencia fue el Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU).

Con esa misma fecha, el MINVU derogó el D.S N° 177 del año 1996 que regulaba el Registro Nacional de Revisores Independientes de Obras de Construcción, por estimar el Ministerio que dicho Decreto adolecía de similares vicios de inconstitucionalidad que el precepto legal objetado por el Tribunal Constitucional. Si se quisiera hacer una asimilación doctrinaria del fallo del Tribunal Constitucional por parte del MINVU solo tendría que haber derogado las partes del reglamento de Urbanismo y Construcciones que establecían *las causales de amonestación, suspensión y eliminación del registro*, y que por lo tanto contradicen al fallo tantas veces citado. Esto se hubiese llevado a cabo derogando parcialmente el Reglamento de Revisores Independientes, es decir eliminando los títulos VI y VII del referido cuerpo reglamentario, y no todo el Decreto³¹.

³¹ Esta opinión es compartida por la Cámara Chilena de la Construcción. “A nuestro juicio, solo debió haber derogado aquellas disposiciones del Reglamento que establecían las causales (...), dejando las demás”. Informe Jurídico De La Construcción. N° 11. Noviembre 2005. p. 2.

Si bien el fallo no tiene directa relación con el D.S.177 del año 1996, si el MINVU (ya no en el cumplimiento de un fallo del Tribunal Constitucional, puesto que el fallo está referido a una ley, y no por un acto del Ejecutivo) deseara incorporar la doctrina del fallo, en sus reglamentos que se refieren a los Registros, debiera haberlo hecho para *todos los registros*, sin que importara una discriminación arbitraria en contra de los Revisores Independientes. Lo anterior implica que también debiera haberlo hecho respecto al registro de los revisores de cálculo estructural y a los registro de consultores del MINVU.

Sin perjuicio de esta omisión, que argumentando el principio relativo de la sentencia podría haberse justificado, el MINVU quiso ir más allá en su osadía normativa. Con fecha 6 de mayo de 2005 (en fecha posterior al fallo) se publicó en el *Diario Oficial* otro Decreto del MINVU, mediante el cual se modificó el reglamento de los consultores del MINVU, modificándolo, mas no eliminado las sanciones y otros requisitos, a los inscritos en ellos. Ello demuestra que no solo se dejó de aplicar la doctrina del fallo del Tribunal Constitucional, sino que pretendía establecer –en un decreto– el criterio opuesto a las del Tribunal.

Si bien aplicar la doctrina del fallo del Tribunal Constitucional no significa “derogar” un registro (pues nada de eso dice el fallo, ni menos aún, respecto de un registro establecido directamente en la ley, como es el caso de los revisores independientes) el MINVU carece de atribuciones para derogar dicho registro, en vista del principio que rige a los órganos del Estado establecido con claridad meridiana en el Artículo 7° de nuestra Carta Fundamental. Mientras no se dicte una ley en tal sentido, la actividad de los revisores independientes no está regulada administrativamente a nivel reglamentario, sino que solo se regulan por la Ley General de Urbanismo y Construcciones³².

Ahora, ello no quiere decir que “no existan” los revisores independientes, puesto que su existencia fue establecida por la ley, cuyo texto está plenamente vigente desde la promulgación de la Ley 19.472, del año 1996, y reforzada con la Ley 20.016 que entró en vigencia el 27 de mayo de 2005, la cual vuelve a reconocer la institucionalidad de los revisores independientes, ampliando sus

³² Vid. FERNANDOIS, Arturo. “El Cumplimiento de las Sentencias del Tribunal Constitucional”, en el libro “Reformas Constitucionales” LexisNexis, 2005.

funciones. Enmarcado en dicho ámbito jurídico, cientos de arquitectos se inscribieron en el mencionado registro y a los que cumplían los múltiples requisitos de inscripción, se les otorgó un derecho adquirido, mediante resoluciones del propio MINVU, que “otorgaba la inscripción”, la cual dura seis años renovables.

Resulta imprescindible destacar que aun derogando la regulación completa del Registro, como lo hizo el D.S. 85 (MINVU) del año 2005, al derogar todo el D.S. 177, ello no es sinónimo de haber “derogado” el Registro mismo –y menos aún a los revisores independientes–, puesto que no puede derogar lo que ha sido creado por ley, como tampoco puede desconocer en los hechos el derecho de propiedad de los revisores independientes.

Por un lado, todos los revisores independientes tienen un derecho adquirido, de naturaleza colectiva, incorporado a su patrimonio, y protegido constitucionalmente desde que la Ley General de Urbanismo y Construcciones crea su existencia. Y por otro, también tienen un derecho adquirido, a título individual, desde que se inscriben en el mencionado Registro Nacional, justamente para ejercer la tarea legal que les ha encomendado el legislador, la que se acredita con un “Certificado de Vigencia”, que dura al menos 6 años, renovables. Durante todo ese período tienen un derecho incorporado a su patrimonio, que fue otorgado válidamente al amparo de la legislación vigente, a saber, el artículo 116 bis, inciso primero, de la Ley General del ramo, incorporado por la Ley 19.472, del año 1996, y ratificado por la Ley 20.016 del año 2005, y que no puede ser desconocido por autoridad administrativa, ni incluso por una ley posterior, a no ser que se les expropie su derecho, en virtud del artículo 19 N° 24 inciso tercero³³.

Asimismo, el hecho que las Seremi de Vivienda y Urbanismo se negaren a certificar la vigencia de las inscripciones en el Registro constituiría una ilegalidad, puesto que la propia normativa contemplada en la Ordenanza General del ramo, exige tal certificación para lograr el normal funcionamiento de la actividad de los revisores independientes.

³³ De haber sido así nos encontraríamos frente a un nuevo caso de Expropiación Regulatoria. Ver FERNANDOIS V., Arturo. *Inaplicabilidad de Ley de Monumentos Nacionales*. Sentencias Destacadas 2004. Instituto Libertad y Desarrollo. 2004 pp. 19-53; y DELAVEAU S., Rodrigo. *La Expropiación Regulatoria en el Derecho Norteamericano*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 33. N° 1. Enero-abril 2006.

A mayor abundamiento, la institucionalidad de los revisores independientes no solo está consagrada en la Ley: es un derecho adquirido por cada uno de los revisores inscritos, sino que además es un requisito imperativo para la aprobación de proyectos de construcción de edificios de uso público. Dicha institucionalidad además está consagrada en múltiples disposiciones de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones³⁴. Entre estas disposiciones reglamentarias está la obligatoriedad de contratar revisores independientes para el caso de los edificios de uso público, como también la prohibición a los Directores de Obras de rechazar un expediente informado por revisor independiente, como asimismo, la rebaja del 30% de los derechos municipales cuando se acompaña informe de revisor independiente, etc.

Ello ilustra la plena existencia de la institucionalidad de los revisores independientes. En conclusión, aun derogando la regulación completa del Registro, como lo hizo el D.S. 85 (MINVU) del año 2005, al derogar todo el D.S. 177 (MINVU) del año 2005, ello no es sinónimo de haber "derogado" el Registro mismo, puesto que no puede derogar lo que ha sido creado por ley, como tampoco puede desconocer en los hechos, el derecho de propiedad de los revisores independientes. Es por esto que es posible afirmar que el Registro de Revisores Independientes siguió plenamente vigente y no existe una relación jurídica-causal lógica entre la derogación del DS 177 de 1997, y sus posteriores consecuencias, como la negativa a otorgar certificados de vigencia a los revisores independientes legítimamente inscritos y el fallo del Tribunal Constitucional N° 437.

4.2 Asimilación de la sentencia y salida legal

Para efectos de subsanar el vacío producido como consecuencia de la derogación del Decreto Supremo N°177, con fecha 30 de agosto de 2005 (y en un claro reconocimiento al problema jurídico explicado en el acápite anterior) el Ejecutivo envió al Parlamento un proyecto de Ley que regula el Registro Nacional de Revisores Independientes de Obras de Edificación el cual, fundamentalmente, eleva a rango legal las normas que se encontraban previstas a nivel reglamentario (Boletín 3964-14).

³⁴ Como lo son, por ejemplo, los artículos 1.1.2, 1.2.1, 1.2.5, 1.4.7, 2.6.18, 3.1.8, 5.1.5, 5.1.6, 5.1.7, 5.1.14, 5.1.17, 5.2.3, 5.2.5, entre otros de dicho cuerpo normativo.

El proyecto de ley contemplaba, para efectos de aplicar las sanciones anteriormente revisadas, una serie de disposiciones que regulan el procedimiento sancionatorio, así como el órgano competente para establecer los hechos que configuran una infracción y la sanción correspondiente³⁵.

De este modo, se cumple en forma y fondo con la exigencia observada por el Tribunal Constitucional en el sentido que la ley que regule el Registro de Revisores Independientes debe, además contemplar el procedimiento a través del cual pueden ser impuestas las correspondientes sanciones y el órgano administrativo competente para conocer de estas infracciones y para aplicar las sanciones³⁶. El proyecto se convirtió en la Ley 20.071 publicada en el *Diario Oficial* el 22 de noviembre de 2005.

4.3. La reafirmación judicial y contralora de la doctrina del Tribunal Constitucional

En los párrafos anteriores se analizaron cómo los efectos de la Sentencia del Tribunal Constitucional han ido permeando en la potestad reglamentaria –con ciertos desvaríos– y luego en la legislación. Veremos a continuación con este “contagio por capilaridad” llega a nuestros tribunales de justicia y a la Contraloría General de la República.

Los análisis sostenidos en el acápite anterior tuvieron un fuerte respaldo en diversas sentencias de nuestros tribunales ordinarios y por parte del poder contralor que “aterrizaron la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias y dictámenes. De este modo el fallo constituyó un verdadero precedente que no solo orientó el criterio de tribunales inferiores, sino que particularizó sus alcances reafirmo la supremacía constitucional.

4.3.1 Corte de Apelaciones de Santiago. “Consultorías Generales S.A, con I. Municipalidad de Las Condes”

Por sentencia de fecha 19 de octubre de 2001³⁷, la Corte de Apelaciones de Santiago cogió un recurso de protección presentado por

³⁵ El órgano competente es la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda, y una Comisión de Apelaciones del Registro de integración mixta.

³⁶ CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN, *ob. cit.* P. 6.

³⁷ Rol N° 4288/2005.

un grupo de revisores independientes, en contra de la directora de obras de la I. Municipalidad de Las Condes.

Los recurrentes presentaron el recurso en razón de que la Dirección negó la recepción de una Solicitud de Aprobación de Anteproyectos de Obras del Anteproyecto denominado "Centro Comercial Paseo Los Dominicos" expresando que se debía extraer previamente el Informe favorable, por haberlo así dispuesto verbalmente la recurrida y la Jefa de Edificación. Igual rechazo se produjo en la oficina de la Dirección de Obras, infringiendo su garantía constitucional del derecho a desarrollar una actividad económica, de la libertad de trabajo y del derecho de propiedad, establecidos respectivamente en los numerales 21, 16 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado³⁸.

Los recurrentes alegaron que se perturbaba el ejercicio legítimo de la libertad de trabajo, desde el momento que se desconoce el desempeño profesional de los arquitectos revisores independientes; el derecho a desarrollar una actividad económica de conformidad a la ley, respecto de la sociedad constituida para el desarrollo de dicha actividad; y el derecho de propiedad, toda vez que se ha desconocido por la autoridad municipal la calidad de revisores independientes de los comparecientes que los habilita para asesorar a las empresas constructoras en sus proyectos inmobiliarios emitiendo informes favorables según lo dispone el artículo 116 Bis de la Ley General de Urbanismo y Construcción.

Por su parte la Municipalidad alegó que su actuar no es ilegal ni arbitrario ya que decidió no recibir el informe de un revisor inde-

³⁸ Señalan los recurrentes que el 2 de junio de 2005, ante su petición de ingresar una Solicitud de Aprobación del Anteproyecto denominado Centro Comercial Paseo Los Dominicos, Camino El Alba N° 11969 Las Condes, acompañando, entre otros antecedentes, un informe favorable de revisor independiente, emitido por la recurrente con el N° 1.602 APE de 30 de mayo de 2005, la funcionaria del módulo de recepción se negó a recibir el expediente respectivo, expresando que se debía extraer previamente el Informe favorable ya singularizado, por haberlo así dispuesto verbalmente la recurrida y la Jefe de Edificación. Igual rechazo se produjo en la oficina de la Dirección de Obras. Estos hechos fueron certificados por ministro de fe competente. La edificación constituye una obra de uso público, existiendo norma legal que exige tal tipo de informe para su ingreso y aprobación. La negativa referida constituye un acto típico y característico de denegación de servicio, figura contemplada en los artículos 3, 8, 13, 42, 52 y 62 N° 8 de la Ley 18.575; 3, 5, 6, 24, 40, 141 de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades. Señala que no existe una razón que justifique dicha negativa, siendo un acto de mero capricho. También alegaron ilegalidad por cuanto contraviene el derecho de petición consagrado en la Constitución Política; y el artículo 116 bis, inciso 1°, de la Ley General de Urbanismo y Construcción; el artículo 1.4.2 de la Ordenanza; y los artículos 3, 4, 5, 8, 10 y 11 de la Ley 19.880.

pendiente en vista de las “instrucciones verbales” precisas impartidas por el Jefe de la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en respuesta a una consulta conforme a lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, toda vez que al 2 de junio del presente año no había Reglamento del Registro Nacional de Revisores Independientes de Obras de Construcción, en razón de la derogación del Decreto Supremo N° 177 referido.

La Corte falló en consideración que efectivamente la Ley General de Urbanismo y Construcciones, en su artículo 4° dispone que al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a través de su División de Desarrollo Urbano, le corresponde impartir las instrucciones para la aplicación de las disposiciones de esta Ley y su Ordenanza General... Pero dichas instrucciones se deben impartir, según reza la disposición: ...*“mediante circulares, las que se mantendrán a disposición de cualquier interesado...”* y no por “instrucciones verbales; respetando con ello los principios fundamentales del derecho administrativo de publicidad y transparencia³⁹.

Así el considerando 9° sentencia que:

“9°. Que siendo el acto recurrido ilegal, de la manera que queda dicho, el proceder de la Directora de Obras importa una violación a la garantía constitucional de los recurrentes, contemplada en el artículo 19, N° 21 de la Constitución Política. En efecto, al infringir, como se ha hecho, las normas legales que rigen la materia referida a los revisores independientes, se impide a los recurrentes realizar esa actividad económica, contemplada expresamente en la legislación vigente”.

Si bien el fallo no lo dice expresamente, constituye una reafirmación unánime e indirecta de los principios sobre debido proceso y reserva legal absoluta que en su momento fue considerada por el Tribunal Constitucional. Tan es así que la sentencia fue confirmada—nuevamente de manera unánime— por la Tercera Sala de la Corte Suprema el 16 de noviembre del año 2005⁴⁰.

³⁹ Interesante fue, desde el punto de vista de las políticas públicas, que el fallo hubiera citado también las normas de transparencia, *“Principios que han sido reforzados en la Ley 19.653 que establece normas sobre probidad administrativa aplicables a todos los órganos de la Administración del Estado”*. Considerando 6° Rol 4288/2005 Corte de Apelaciones de Santiago.

⁴⁰ Rol 5596/2005 Corte Suprema.

4.3.2 Dictamen de la Contraloría General de la República. “Edificio del Centro de justicia de Santiago”

En capítulos anteriores mencionábamos cómo el MINVU había prácticamente desconocido la existencia legal de los revisores independientes, derogando la totalidad de la norma administrativa que los regulaba (hasta que se dictara una nueva normativa) extendiendo más allá de sus facultades la sentencia del Tribunal Constitucional, provocando una situación de anomia jurídica.

Un ejemplo de dicha problemática se resolvió por Dictamen de la Contraloría General de la República de fecha 6 de marzo de 2006⁴¹, cuyo contenido revisaremos.

Una empresa de revisores independientes solicitó el pronunciamiento del órgano contralor respecto de la actuación del Director de Obras Municipales de Santiago, con motivo de la tramitación de una modificación del Proyecto “Edificio del Centro de Justicia de Santiago”. De conformidad al tantas veces citado 116 bis de la LGUC, requería la contratación de un revisor independiente. No obstante dicha Dirección formuló, ente otras observaciones, la exigencia que el propietario se desistiese de actuar mediante dicho revisor. La justificación de la Municipalidad se basó en que ante la falta de instrucciones por parte del MINVU respecto de aquellos casos que se encuentran en tramitación con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 20.016, se optó por la continuación del trámite según lo establecía la Ordenanza, es decir se emitió la observación considerando que el registro del revisor se encontraba “vencido” (por derogarse la totalidad de la norma administrativa que lo regulaba⁴²). En otras palabras, el MINVU desbordó el efecto de la sentencia del Tribunal constitucional y la aprovechó para “derogar” la institución de los revisores independiente, cosa que como ya comentamos excede sus potestades⁴³.

La Contraloría determinó que la eficacia formativa anterior a la entrada en vigencia de la Ley 20.016 debe necesariamente abarcar tanto el cumplimiento de un permiso de edificación como las eventuales modificaciones del mismo. Luego la Contraloría señala que al

⁴¹ Ingreso N° 10.636.

⁴² Como sabemos se trata del DS 177 de 1996, derogado por el DS 85 de 27 de mayo de 2005.

⁴³ La ley contemplaba un artículo transitorio que otorgaba un plazo de 60 días para pedir la incorporación al nuevo registro de revisores independientes.

derogación del DS 177 no alteró lo dispuesto en el Artículo Transitorio de la Ley 20.016, esto es, que la tramitación de los permisos y autorizaciones ingresados antes de la vigencia de la ley se regirán por la formativa legal vigente con anterioridad, lo que implica que no podría impedirse la aplicación ultractiva de esas disposiciones aludiendo a la derogación tácita o expresa de los preceptos reglamentarios complementarios. Por eso el órgano contralor señala de manera tajante que:

“El citado artículo 1.3.2 de la Ordenanza General⁴⁴ debe entenderse tácitamente derogado sin que resulte admisible ampliar el efecto de esa norma reglamentaria más allá de lo dispuesto expresamente por el legislador”.

Debido a lo anterior, el Contralor concluye que la Dirección de Obras señalada no se ha ajustado a derecho al eximir del informe favorable del revisor independiente a la modificación del proyecto en cuestión. Esto constituye un reconocimiento a la existencia legal de los revisores independientes y por lo tanto una reafirmación de la reserva legal de la regulación de una actividad económica, donde los procedimientos relativos a esta actividad también deben ser regulados por una ley. Constituye por tanto, una materialización de los principios y consideraciones del fallo del Tribunal Constitucional.

5. CONCLUSIONES

- i) La sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 437 declaró inconstitucional la norma contenida en el inciso final del 116 bis del proyecto que modificaba la LGUC, por remitir a un reglamento una materia propia de ley. Dicho inciso pretendía que el reglamento que se dictare para el registro de revisores independientes estableciere los requisitos de inscripción, causales de inhabilidad, de incompatibilidad y de amonestación, suspensión y eliminación del registro por incumplimiento de sus obligaciones.
- ii) Lo anterior constituye una defensa expresa a los principios del debido proceso y a la reserva legal absoluta, en virtud de la cual no puede entregarse requisitos de registros, procedimiento y sanción a una norma emanada de la potestad reglamentaria.

⁴⁴ Que se refiere finalmente a la materia del requerimiento.

- iii) La Administración tuvo una actitud contradictoria. Por un lado, acató esta decisión al enviar un proyecto de ley que pretendía por la vía legal –como lo había dispuesto el propio fallo– regular la actividad de los revisores independientes. Pero por otro, hizo una aplicación antojadiza y discrecional del fallo, dejando sin efecto no solo la materia impugnada por el Tribunal en la Ordenanza respectiva, sino que todo el capítulo relativo a los revisores independientes. Luego, el Ejecutivo quiso ir más allá en su osadía formativa, dictando otro Decreto mediante el cual se modificó el reglamento de los consultores del MINVU, modificándolo, pero no eliminando las sanciones y otros requisitos, a los inscritos en ellos. Ello demuestra que no solo se dejó de aplicar la doctrina del fallo del Tribunal Constitucional, sino que pretendía establecer –en un decreto– el criterio opuesto a las del Tribunal.
- iv) Debido a lo anterior, los revisores independientes cayeron en una situación de supuesta “inexistencia jurídica” vía decreto, ya que se instruyó verbalmente a las municipalidades que no recepcionaran documentos elaborados por revisores independientes, mientras no se tramitara completamente el proyecto la ley que los regula.
- v) La justicia ordinaria y la Contraloría pusieron atajo a esta situación haciendo un aplicación indirecta y tácita de lo fallado por el Tribunal Constitucional.
- vi) De este modo, vemos cómo los efectos directos e indirectos de la justicia constitucional tienen su aplicación en todo el ordenamiento jurídico, como una expresión de la Supremacía Constitucional, donde la defensa de principios íntimamente fundidos con la Libertad –como la Reserva legal y el Debido Proceso– deben operar siempre a favor del individuo, y no como un resquicio regulatorio de la Administración.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CÁMARA CHILENA DE LA CONSTRUCCIÓN. *Informe Jurídico de la Construcción*. N° 11. Noviembre 2005.
- CARMONA S., Carlos. *“La relación ley-reglamento en la jurisprudencia del TC”*. Revista de Derecho Público. 2000.
- CORRAL, Hernán, *Responsabilidad Civil Extracontractual en la Construcción*, RDJ, Tomo XLIII N° 3, 1996.

- DELAVEAU S., Rodrigo. *La Expropiación Regulatoria en el Derecho Norteamericano*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 33. N° 1. Enero-Abril 2006.
- DOMÍNGUEZ A., Ramón, *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno*, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIII, N° 3.
- FERNANDOIS V., Arturo. "El Cumplimiento de las Sentencias del Tribunal Constitucional", en el libro "Reformas Constitucionales, LexisNexis, 2005.
- FERNANDOIS V., Arturo. *Inaplicabilidad de Ley de Monumentos Nacionales*. Sentencias Destacadas 2004. Instituto Libertad y Desarrollo. 2004.
- FIGUEROA V. Patricio y FIGUEROA V. Juan Eduardo, *Urbanismo y Construcción*. Editorial LexisNexis.
- GUZMÁN B., Alejandro. *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Valparaíso, Editorial Universitaria, 2001.
- INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, Reseña Legislativa N° 680, de 30 de Julio de 2004.
- KMIEC, Douglas. *The Heritage Guide to the Constitution*. 2005.
- PETERSON, Andrea, *The Taking Clause: In Search of Underlying Principles*. California Law Review. Vol. 77 (1988).
- POSNER, RICHARD A., *Economic Analysis of Law*, Sixth Edition. Aspen Publishers, 2003.
- ROMERO, Alejandro. *Las Acciones de interés Colectivo y Difuso en la ley de Protección al consumidor*", en Seminario "Nueva Ley de los Derecho del Consumidor: Alcances y Efectos" Santiago. Agosto de 2004.
- URREJOLA SM, Sergio, *La responsabilidad profesional de los agentes de la construcción*. Ed. Lexis Nexis, 2004.
- ZAPATA L. Patricio. *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Biblioteca Americana. 2002.

Hurto-falta: Una reforma mal hecha y otra pendiente



ÁLVARO FERNÁNDEZ DÍAZ
Profesor de Derecho Penal
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN EJECUTIVO

La deficiente técnica legislativa empleada en la Ley N° 19.950 cuya finalidad era “aumentar sanciones a hurtos y facilitar su denuncia e investigación”, fue puesta en evidencia por la sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema de 20 de abril de 2005, relativa a un caso de los denominados “hurtos hormiga”. Con todo, como un efecto no buscado de la resolución de nuestro máximo tribunal, ella contribuyó a profundizar las controversias que tradicionalmente han debido afrontar nuestros tribunales para determinar el momento de consumación en el hurto. En esta materia, lamentablemente, la jurisprudencia no ha logrado establecer criterios claros, con grave daño a la seguridad jurídica que exige la protección del derecho de propiedad. Por último, los distintos problemas que presenta en nuestra legislación la sanción de los hurtos, ponen de manifiesto que una reforma global a los delitos contra el patrimonio es todavía un tema pendiente en el país.

SUMARIO

I.- Introducción. II.- Sentencia que deja en evidencia un delito sin sanción determinada: 1.- Contenido del fallo; 2.- Una decisión conforme a derecho. III.- Consumación del hurto: Ausencia de criterios claros en nuestra jurisprudencia: 1.- Confusión en los intervinientes del proceso; 2.- Hacia la utilización de criterios normativos. IV.- Reforma pendiente en los delitos contra el patrimonio: Anteproyecto del Nuevo Código Penal. V.- Conclusiones. VI.- Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

La acertada sentencia de la Corte Suprema de 20 de abril de 2005¹ dejó en evidencia una reforma legislativa técnicamente mal hecha, lo que le ha impedido cumplir cabalmente con las finalidades perseguidas en orden a dar una debida protección al derecho de propiedad. Se trata de las modificaciones introducidas a nuestra legislación penal por la Ley N° 19.950, publicada el 5 de junio de 2004, que de acuerdo a su propia denominación pretendía “aumentar san-

¹ Pronunciada por la Segunda Sala integrada por los ministros señores Alberto Chaigneau del C., Milton Juica A., Nibaldo Segura P., Adalís Oyarzún M. y la abogada integrante señora Luz María Jordán A. en la causa rol N° 5.990-04 (Número Identificador LexisNexis: 32043). Redactó la sentencia el ministro Juica.

ciones a hurtos y facilitar su denuncia e investigación". Esa reforma buscaba establecer una legislación más estricta en los denominados "hurtos hormiga", que se producen frecuentemente en el ámbito del comercio establecido (fundamentalmente en los supermercados y grandes tiendas comerciales), provocando en su conjunto millonarios perjuicios. Dentro de los cambios incorporados por la Ley N° 19.950 cabe destacar la disminución del valor de la cosa hurtada como límite entre la falta y el simple delito (se baja de una a media unidad tributaria mensual), la decisión de penalizar las etapas ejecutivas anteriores a la consumación del hurto-falta (haciendo una excepción a la regla general del artículo 9 del Código Penal que dispone que "las faltas solo se castigan cuando han sido consumadas"), el fijar, además de una pena de multa, otra privativa de libertad para el hurto-falta, entre otros. Así, la reforma introdujo un nuevo artículo 494 bis en el Código Penal que dispone lo siguiente:

"Artículo 494 bis.- Los autores de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasare de media unidad tributaria mensual.

En caso de reincidencia, se aplicará la pena de prisión en grado máximo.

En los casos en que participen en el hurto individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esa circunstancia, aumentada en un grado, si estos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración de la falta.

Se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7°".

Refiriéndose a esa disposición, y particularmente a su inciso final que pretendía sancionar también en el hurto las faltas frustradas y tentadas, la sentencia de la Corte Suprema que analizaremos dispuso que, no obstante la indudable intención del legislador de sancionar esas etapas ejecutivas anteriores a la consumación, "al no contener la ley la sanción expresa y determinada de dichas conductas, no ha satisfecho el principio básico, constitucional y legal de contener legalmente la pena que sería del caso aplicar". Una sentencia de esta naturaleza implica en la práctica absolver a los imputados de los llamados "hurtos hormiga" tentados y frustrados, lo que constituye un vacío legal difícil de aceptar atendida la dañosidad que en su conjunto presentan estas conductas en la actualidad.

Por otra parte, como un efecto no buscado de la sentencia de nuestro máximo tribunal, ella contribuyó a profundizar las controversias

y dificultades que tradicionalmente han debido afrontar nuestros tribunales para la determinación de las distintas etapas ejecutivas (tentativa, frustración, consumación) dentro del delito de hurto. En efecto, establecida la impunidad de los actos ejecutivos anteriores a la consumación, el debate sobre si estamos frente a una hipótesis tentada, frustrada o consumada adquirió mayor relevancia: no está en juego la magnitud de la pena, sino si se sanciona o no penalmente. Como veremos, las contradictorias interpretaciones de nuestros tribunales de justicia y la ausencia de criterios dogmáticos sólidos para tomar esa decisión, se hicieron más patentes luego del fallo de la Corte Suprema, situación que ha ayudado a aumentar la confusión reinante para sancionar los “hurtos hormiga”.

Por último, los distintos problemas que presenta en nuestra legislación la sanción de este tipo de hurtos, ponen de manifiesto que una reforma global a los delitos contra el patrimonio es todavía un tema pendiente en nuestro país. En este sentido, cabe destacar los cambios que contiene el Anteproyecto de Código Penal elaborado por el Foro Penal² que, entre otros aspectos, elimina el sistema de cuantías para aplicar las penas (se termina incluso con la distinción entre simple delito y falta). Una breve referencia a estas modificaciones del anteproyecto las incluiré en la última parte de este artículo.

II. SENTENCIA QUE DEJA EN EVIDENCIA UN DELITO SIN SANCIÓN DETERMINADA

1. Contenido del fallo

Los hechos que fueron materia del fallo de la Corte Suprema no tenían nada de extraordinarios, y representan un típico caso de “hurto hormiga”:

“(…) la imputada el día de los hechos, intentó traspasar las cajas registradoras del supermercado afectado, portando cuatro leches condensadas y dos quesos Colun, sin haber pagado el valor comercial de dichas especies, avaluados en la suma de \$ 6.910, siendo sorprendida y posteriormente detenida por guardias de seguridad del local comercial”.

² Órgano creado por el Ministerio de Justicia para elaborar un nuevo Código Penal, que reemplace a nuestro antiguo texto que data de 1874. Este Foro, integrado por profesores de derecho penal de distintas universidades, entregó en diciembre de 2005 el anteproyecto al Presidente de la República.

Frente a estos hechos el Juzgado de Garantía de Valparaíso, mediante sentencia de 3 de diciembre de 2004³, calificó el hecho como hurto frustrado y resolvió absolver a la imputada al no contener el nuevo artículo 494 bis “pena descrita con anterioridad por el legislador para la conducta desplegada por ella”. Ante esta resolución, un fiscal adjunto de Valparaíso dedujo recurso de nulidad denunciando “una errónea aplicación del derecho al no darse aplicación al artículo 494 bis del Código Penal que sanciona ciertos delitos falta de hurto, aun en los casos de tentativa y frustración”.

Conociendo de este recurso la Segunda Sala de la Corte Suprema, el 20 de abril de 2005, rechazó el recurso de nulidad presentado y confirmó la absolución de la imputada. Sus contundentes argumentos fueron los siguientes:

“Sexto: Que el artículo 494 bis del Código Penal, incorporado por la ley N° 19.950, publicada en el Diario Oficial de 5 de junio de 2004, declaró que los autores de hurto serán castigados con prisión en sus grados mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasare de media unidad tributaria. En el inciso final de dicha disposición se estatuyó que se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7°;

Séptimo: Que el análisis que se puede extraer de los preceptos citados, es el de estimar que la figura del inciso primero del artículo aludido está referido a la falta consumada y, por consecuencia, la sanción que ahí se estipula solo puede entenderse aplicable a esa etapa de desarrollo del ilícito. Es cierto que el inciso final, quiso hacer típica la falta frustrada y la tentativa, pero sin embargo no señaló de manera expresa, como era necesario, la pena que a la conducta de tentativa o de frustración correspondía aplicar, ni tampoco se hace remisión a situaciones legales que penalizan con mayor rigor estas situaciones imperfectas del desarrollo delictual, como por ejemplo ocurre en el caso del artículo 450 del Código Penal;

Octavo: Que el principio de legalidad, básico en el derecho penal, garantiza que solo la ley, de alcance general y abstracto puede definir qué acción u omisión de una persona es punible como delito, estableciendo a la vez la pena que le corresponde al infractor, instituyéndose al efecto el principio de *nullum crimen nulla poena sine proevia lege poenali* que, como garantía penal, se consagra en la Carta Fundamental en el artículo 19 N° 3 inciso 7° al establecer que: “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley...” máxima que la doctrina unánime, refiere tanto a la des-

³ Pronunciada por la Jueza de Garantía de Valparaíso Sylvia Quintana Ojeda, causa rol N° 4576-2004.

cripción típica del hecho ilícito, como a la sanción que de manera estricta se señale al respecto de un determinado ilícito, para evitar, por supuesto, tanto la interpretación extensiva del precepto, como asimismo utilizar la analogía;

Noveno: Que en el presente caso, es indudable que la intención del legislador, en cuanto estableció el artículo 494 bis del Código Penal fue de castigar de manera más severa el delito falta de hurto y de manera incompleta, fue del parecer de sancionar la falta frustrada y la tentativa, que por regla general son conductas atípicas, pero lo cierto es que no estableció de forma precisa y clara la sanción correlativa a esos tipos de comisión del ilícito, que en lo general importan penas inferiores al delito consumado, como se aprecia del tenor de los artículos 51 y 52 del Código Penal, normas que solo reciben aplicación tratándose de los crímenes y simples delitos y, por consecuencia, no cabe aplicar por analogía a las faltas. De este modo, resalta como principio elemental lo previsto en el inciso 2º del artículo 50 del texto punitivo citado, que sienta como regla general que siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado;

Décimo: Que en el presente caso, no cabe dudas que conforme a los preceptos antes citados la penalidad que se contiene en el artículo 494 bis del Código Penal solo está referida a las faltas consumadas; que la expresión “también” del inciso final solo representa una mera intención de hacer típica, la falta frustrada y la tentativa, pero al no contener la ley la sanción expresa y determinada de dichas conductas, no ha satisfecho el principio básico, constitucional y legal de contener legalmente la pena que sería del caso aplicar;

Undécimo: Que el tribunal de la instancia al decidir de la manera antes dicha, lejos de incurrir en el error de derecho que se le atribuye en el recurso, al absolver a la imputada, le ha dado a las normas constitucionales y legales en discusión la exacta interpretación y aplicación, por lo que no ha podido incurrir en la causal de nulidad que se le reprocha”.

2. Una decisión conforme a derecho

La sólida decisión de la Corte Suprema deja muy poco que agregar⁴. El principio de legalidad, reconocido constitucionalmente, es una exigencia básica del Estado de Derecho⁵ cuya vigencia no se puede pasar a

⁴ Ya antes se habían pronunciado en el mismo sentido algunas Cortes de Apelaciones como la de Valparaíso y Concepción. Así, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 7 de abril de 2005, causa rol N° 6243-2004.

⁵ El principio de legalidad tradicionalmente se expresa con el aforismo *nullum crimen, nulla poena, sine lege* y vino a reflejar y precisar una de las conquistas centrales de la Revolución Francesa, pasando a tener hoy en día una vigencia extendida por casi todo el mundo como principio fundamental del Estado de Derecho. Por todos, vid. ROXIN, CLAUS: Derecho Penal. Parte General (I), 1997, p. 134 y ss.; MIR

llevar para resolver un problema puntual, como es la impunidad que pudiera producirse en los denominados “hurtos hormiga”. Conforme al principio de legalidad, no solo las circunstancias de la conducta punible han de estar determinadas, sino que también la clase de pena y su cuantía han de estar fijadas claramente por el legislador antes del hecho. Y esto es precisamente lo que no ocurre con el artículo 494 bis del Código Penal que, tratándose de hurtos tentados y frustrados, simplemente no determina cuál es la pena a imponer. Como bien señala la sentencia, la sanción no se puede deducir de las normas generales sobre aplicación de la pena contenidas en los artículos 50 a 59 del Código Penal, toda vez que esas disposiciones cuando se refieren a la penalidad de la frustración y consumación, expresamente limitan su alcance a los crímenes y simples delitos; en ningún momento se hacen cargo de la tentativa o frustración de la falta⁶. Tampoco puede aplicarse la regla del artículo 61 N° 5 del Código Penal⁷, pues esta exige una pena previa ya determinada, situación que no ocurre en este caso. Asimismo, el artículo 55 del Código Penal no puede invocarse, pues no estamos frente a un caso especialmente penado por la ley⁸.

Por otra parte, de la expresión “también” que utiliza el legislador en el inciso final del artículo 494 bis del Código Penal, cuando expresa su intención de sancionar las faltas frustradas y tentadas, no puede desprenderse con claridad cuál es la pena aplicable. Dicha confusión queda de manifiesto si se analizan las contradicciones de parte de la jurisprudencia que, con anterioridad al fallo de 20 de abril de la Corte Suprema, se pronunciaba a favor de sancionar los hurtos-falta tentados y frustrados. Así, en algunos casos se sostenía que las etapas ejecutivas anteriores a la consumación debían sancionarse con la misma pena del hurto-falta consumado⁹ (es decir, prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales). En otros ca-

PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal. Parte General, 1996, p. 75 y ss; CURY URZÚA, ENRIQUE: Derecho Penal. Parte General, 2005, p. 165 y ss.

⁶ En este mismo sentido vid. OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO: “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI-2005, p. 300 y 301.

⁷ Conforme a dicha norma “si al poner en práctica las reglas precedentes no resultare pena que imponer por falta de grados inferiores o por no ser aplicables las de inhabilitación o suspensión, se impondrá siempre la multa”.

⁸ Conforme a dicha norma “las disposiciones generales contenidas en los cuatro artículos precedentes no tienen lugar en los casos en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se hallan especialmente penados por la ley”.

⁹ Así, entre otras, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 6 de enero de 2005, causa rol N° 247-2004, que señala que “conforme al significado del vocablo también, lo que procede es que los grados de tentativa y frustración de la figura penal en comento sean sancionados de la misma forma que el delito consu-

sos, en cambio, simplemente se castigaba la tentativa y frustración en el hurto-falta con la pena de multa, por ser esta la sanción inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales de penas del artículo 59 del Código Penal¹⁰ (se olvida con ello que estas normas están destinadas expresamente a los crímenes y simples delitos).

Es por ello que uno no puede sino compartir lo señalado recientemente por OLIVER CALDERÓN que, refiriéndose a la ausencia de pena del hurto-falta frustrado y tentado en la Ley N° 19.950, sostiene que “con ello, sin pretenderlo, el legislador ha aportado a la cátedra un notable ejemplo de ley penal en blanco al revés o irregular, tan difícil de encontrar en la práctica”¹¹.

III. CONSUMACIÓN DEL HURTO: AUSENCIA DE CRITERIOS CLAROS EN NUESTRA JURISPRUDENCIA

1. Confusión en los intervinientes del proceso

La consumación de un delito se produce cuando el autor realiza de forma completa todos los requisitos exigidos por el tipo penal

mado (...). En contra de los argumentos de esta sentencia, puede señalarse que nunca fue el propósito del legislador sancionar como consumados los supuestos de tentativa o frustración. A este respecto, en forma expresa el senador Alberto Espina, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia y Reglamento del Senado, sostiene que “en ningún caso, es propósito de la Comisión sancionar como consumadas las faltas en grado de tentativa”. Por otra parte, cuando el legislador ha querido aplicar a la tentativa y frustración la misma pena que el delito consumado lo ha dicho expresamente. Por ejemplo, en el inciso primero del artículo 450 del Código Penal se dispone que algunos supuestos de robo “se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”.

¹⁰ Así, entre otras, las sentencias de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 5 y 22 de octubre de 2004, en la causas rol N° 115 y N° 116-2004 respectivamente. En esta última se señala “que es claro que el hurto falta frustrado o tentado es punible, porque así lo ordena en forma categórica el artículo 494 bis citado. Y para determinar la pena habrá de adoptarse una de dos posiciones: a) o bien considerar que si los artículos 50 y siguientes del Código Penal rigen solo para crímenes y simples delitos, en este caso hay que aplicar la pena de la falta consumada, puesto que no hay regla especial de reducción, según se explicara en el motivo anterior; o, b) bien, que los artículos 50 y siguientes son aplicables por analogía *bona parte* (sic), permitida al intérprete, ya que lo que se logra al utilizarlos es reducir la pena resultante, y en consecuencia castigar con la pena de multa pertinente, en concordancia por lo demás con las normas adjetivas del procedimiento simplificado, cuando se han admitido los hechos. Esta segunda posición parece la acertada, pero sea como fuere, lo que no resulta dudoso es que no se podía absolver bajo pretexto de que la conducta no fuera punible, pues ello constituye un error de derecho”.

¹¹ OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO: “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI-2005, p. 300.

respectivo; en otras palabras, ejecuta completamente la conducta descrita en la ley. Tratándose de delitos de apropiación como el hurto y el robo, la determinación de ese momento ha presentado históricamente especiales dificultades, lo que ha exigido a la dogmática una especial atención¹². En nuestra legislación, estos problemas se ven mitigados por la controvertida norma del artículo 450 inciso primero del Código Penal, que dispone que ciertas clases de robos “se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”. Para el hurto, en cambio, no es aplicable esa disposición y, por tanto, no se puede eludir un pronunciamiento¹³. Ahora bien, como hemos visto, tratándose del hurto-falta “por no haberse señalado una pena para la tentativa y la frustración” dicha decisión reviste todavía mayor importancia, ya que determinará si se sanciona o se absuelve al imputado (no solo la magnitud de la pena a aplicar).

Luego del fallo de la Corte Suprema de 20 de abril de 2005, sin embargo, las contradictorias interpretaciones de nuestros tribunales de justicia y la ausencia de criterios dogmáticos sólidos para determinar el momento de la consumación se hicieron más patentes, situación que ha ayudado a aumentar la confusión reinante para sancionar los “hurtos hormiga”. Ilustrativa sobre este estado de cosas es la sentencia de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 8 de septiembre de 2005¹⁴, que da cuenta de las distintas opiniones de las intervinientes del proceso sobre cuándo se consuma un hurto en un supermercado: el juez de garantía absolvió a la imputada por considerar que no se había consumado el delito; la Fiscal sostiene que el delito está consumado argumentando que tratándose de locales comerciales de las características de un super-

¹² Por todos, ver un desarrollo de las distintas teorías elaboradas, sobre todo desde los prácticos italianos medievales, en MATA Y MARTÍN, RICARDO M.: El delito de robo con fuerza en las cosas, 1995, p. 339-357; GARCÍA ARÁN, MERCEDES: El delito de hurto, 1998, p. 143-149.

¹³ Dentro de las etapas ejecutivas del hurto y del robo, se ha puesto en entredicho incluso la propia existencia del delito frustrado. Ocurre que resulta discutible que frente a delitos de mera actividad como estos pueda ser posible la frustración. En efecto, se sostiene que solo tratándose de delitos de resultado puede darse el caso de la frustración: el sujeto realiza la totalidad de la conducta típica y el delito, sin embargo, no se consuma porque no se produce el resultado. Así, por ejemplo, expresamente rechaza la frustración y considera que hay tentativa la sentencia del Tribunal Oral de Linares de 2004 en la causa N° 37-2004. Sobre esta problemática vid. RAMÍREZ, MARÍA CECILIA: “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI-2005, p. 133-141.

¹⁴ Causa rol N° 98/2005.

mercado “la jurisprudencia ha determinado que cuando el hechor atraviesa las cajas registradoras, traspasa la esfera de resguardo del propietario y consume su conducta delictiva”; la parte querellante sostiene que el delito está consumado, pero disiente sobre el momento en que se habría producido, afirmando que para ello “basta que el agente quebrante la órbita de custodia del propietario, para incorporar la especie a su propia esfera de resguardo, como cuando la oculta entre sus ropas, por ejemplo”; la defensa de la imputada sostiene que el delito no se ha consumado pues ella “nunca estuvo en situación de disponer de las especies, pues permaneció siempre bajo la vigilancia de los guardias de seguridad que la detuvieron en la vía pública”; por último, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago estimó que el delito estaba consumado, ya que la imputada “logró salir del supermercado hacia la vía pública, porque en ese momento había desplegado todas las acciones destinadas a consumir la apropiación y pudo disponer potencialmente de las especies como suyas”.

En esta clase de delitos, la sala penal de la Corte Suprema se ha inclinado por la denominada “teoría de la disponibilidad”, conforme a la cual es necesario que exista un momento de posible disposición de la cosa por parte del autor del hurto para que se entienda consumado el delito¹⁵. Así, la sentencia de la Corte Suprema de 20 de diciembre de 2005¹⁶, señala:

“El hurto es la apropiación de una cosa arrogándose las condiciones inherentes al dominio y en especial, de la de disposición. Por ello el delito solo podrá estimarse consumado cuando el delincuente se encuentra en la posibilidad de ejercer esta facultad, cuando logra estar en condiciones de disponer de la cosa ajena, siquiera por un instante (Garrido Montt, Derecho Penal, parte especial, Tomo IV, página 166)”.

Tratándose de hurtos de supermercados, a la hora de precisar este concepto la sala penal de la Corte Suprema en reiterados ocasiones ha sostenido que:

¹⁵ De acuerdo con esta teoría, la que coincide con influyente doctrina y jurisprudencia española, para la consumación del delito no es necesario que efectivamente se logren los beneficios económicos buscados, sino que sería suficiente para la consumación que el agente pueda destruir la cosa, consumirla o menoscabarla, aunque no llegue a hacerlo. Por todos, vid. MATA Y MARTÍN, RICARDO M.: El delito de robo con fuerza en las cosas, 1995, p. 350-353; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Derecho Penal. Parte Especial, 1993, p. 221 y 222.

¹⁶ Causa rol N° 5125-2005.

“(...) la infracción se produce al traspasar las cajas registradoras sin cancelar el valor de la especie, en consecuencia, hasta antes de ese momento solo había una mera tenencia de la especie y no una posesión como señor y dueño (...)”¹⁷.

Lo curioso, sin embargo, es que si bien la Corte Suprema ha indicado con toda claridad que el hurto se consuma cuando el sujeto traspasa las cajas registradoras, luego en las mismas sentencias ha considerado frustrado el delito, no obstante estar probado que los imputados traspasaron efectivamente las cajas registradoras¹⁸.

Por su parte, las Cortes de Apelaciones han tenido distintas posturas sobre cuándo se consuman en la práctica este tipo de “hurtos hormiga”. Así por ejemplo, la sentencia de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 16 de diciembre de 2005¹⁹, en un caso en que el imputado había traspasado las cajas registradoras sin pagar los productos, siendo detenido por el guardia cuando se encontraba en la puerta del local comercial, consideró que el delito no estaba consumado pues el imputado “nunca estuvo en situación de disponer de las especies sustraídas, porque en ningún momento las especies salieron de la esfera de custodia del dueño”; la sentencia de la Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 8 de agosto de 2005²⁰, señala que “la infracción se consuma al traspasar las cajas registradoras sin pagar el valor de las especies (...) El imputado, precisamente en este caso, ha logrado sacar las especies de la esfera de cuidado, custodia o vigilancia del supermercado y al traspasar las cajas registradoras sin pagar el valor de aquellas, ha consumado así su conducta de hurto”; la sentencia de la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 11 de octubre de 2005²¹, señala que “si bien es cierto aquello de que el delito se consuma cuando la especie es retirada del ámbito de resguardo de quien la mantenía, no lo es menos que, en el caso de autos, ello no ocurrió cuando el imputado traspasó las cajas recau-

¹⁷ Sentencia de 16 de junio de 2004, causa rol N° 1611-2004 y de 20 de diciembre de 2005, causa rol N° 5125-2005, entre otras.

¹⁸ Vid. al respecto las sentencias recién mencionadas de la Corte Suprema de 16 de junio de 2004 y 20 de diciembre de 2005. En sus considerandos quinto y octavo respectivamente, se tiene por probado que los imputados traspasaron las cajas registradoras sin pagar los productos, siendo sorprendidos por los guardias de seguridad al abandonar el supermercado. En ambos casos, sin embargo, se consideró frustrado el hurto y se confirmó la absolución de los imputados.

¹⁹ Causa rol N° 602-2005.

²⁰ Causa rol N° 27-2005.

²¹ Causa rol N° 289-2005.

dadoras sin pagar el precio, porque estas, claramente, no importaban el límite de resguardo de la ofendida, sino tan solo el lugar previsto para el pago de las mercaderías”; la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 10 de enero de 2006²², señala que “la consumación de la acción y del resultado querido por el agente se produjo (...), al traspasar el imputado las cajas registradoras, pues este fue el único y último momento en el cual pudo pagar y adquirir, lícitamente, por tradición, el dominio de las especies muebles sustraídas que portaba oculta entre sus ropas”.

Las sentencias mencionadas constituyen solo una pequeña muestra de las distintas posiciones de nuestros tribunales de justicia sobre la determinación del momento de la consumación en estos delitos²³. Estas distintas interpretaciones, de las cuales depende que se sancione o no la conducta del imputado, han contribuido a agravar la confusión reinante en los denominados “hurtos hormiga”, con grave daño a la certeza jurídica que exige la protección del derecho de propiedad.

2. Hacia la utilización de criterios normativos

Como vimos, la teoría de la disponibilidad “que fija la consumación del delito en el momento que el sujeto activo ha estado en condiciones, por un momento siquiera, de disponer de la cosa (disponibilidad potencial)” no ha contribuido en nuestro derecho a dar una adecuada respuesta en orden a precisar el momento de la consumación²⁴, especialmente tratándose de los llamados “hurtos hormiga”. El mero arbitrio termina, finalmente, siendo el criterio para resolver si el sujeto tuvo en algún instante la posibilidad de disponer del bien.

²² Causa rol N° 430-2005.

²³ Un ejemplo de otro criterio puede verse en la sentencia del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, de 4 de agosto de 2005, N° 500-2005, donde tratándose de un hurto a una farmacia se resolvió que no estaba consumado el delito no obstante haber sido detenido el imputado luego de bajar del microbús en que había huido con las especies. Esta resolución fue anulada por sentencia de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 14 de septiembre de 2005, causa N°101-2005, pues consideró que “resulta forzado entender que la esfera de resguardo del propietario se mantiene mientras exista una persecución del infractor, como si se extendiera un largo brazo para la custodia de las especies sustraídas”.

²⁴ También la jurisprudencia española ha encontrado dificultades para aplicar la “teoría de la disponibilidad” en los delitos de hurto, particularmente en los supuestos en que se oculta la especie sustraída. Al respecto, vid. GARCÍA ARÁN, MERCEDES: El delito de hurto, 1998, p. 146.

Por otra parte, como ha puesto de manifiesto Bascuñán Rodríguez, la “teoría de la disponibilidad” exige para la consumación del delito de hurto y robo la satisfacción de un requisito relacionado más bien con la apropiación indebida, y con ello “semejante construcción erosiona la base de la distinción sistemática entre delitos de apropiación con ruptura de la custodia ajena y delitos de apropiación sin ruptura de la custodia ajena”²⁵.

Por ello, para resolver los problemas de consumación en los delitos de apropiación como el hurto y el robo, debieran desarrollarse criterios normativos, donde lo esencial no sea la dimensión física de la relación del dueño y la cosa, ni si el autor pudo o no disponer de la misma, sino su dimensión de sentido²⁶. Lo relevante será determinar si esa relación importa socialmente o no un ejercicio de custodia sobre la cosa. Así, señala Bascuñán Rodríguez, que “quien, por ejemplo, introduce en el bolsillo de una prenda de vestir una cosa ajena sujeta a custodia espacial, sometiendo con ello la cosa a estatus de cosa custodiada por el porte, quiebra la custodia espacial preexistente y constituye nueva custodia, aunque la cosa no haya salido del espacio originariamente custodiado”²⁷.

Como es fácil imaginar el desarrollo y profundización por parte de nuestra jurisprudencia de un concepto normativo como el expuesto,

²⁵ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO: “Delitos contra intereses instrumentales”, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez N° I-2004, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003, p. 301.

²⁶ Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO: “Delitos contra intereses instrumentales”, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez N° I-2004, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003, p. 298-301; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA: “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI-2005, p. 140.

²⁷ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO: “Delitos contra intereses instrumentales”, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez N° I-2004, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003, p. 300. En el mismo sentido RAMÍREZ, MARÍA CECILIA: “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI-2005, p. 140, que critica el ya mencionado fallo de la Corte Suprema, de 16 de junio de 2004, causa rol N° 1611-2004, que calificó un hurto de supermercado como frustrado, señalando en su artículo que el máximo tribunal “al considerar insuficiente el hecho de guardar las especies dentro de las ropas como indicador del ánimo de apropiación del sujeto activo, desconoce la posibilidad de que se consolide una esfera de custodia dentro de otra, la que estaría representada por el cuerpo del hechor, una, y la del supermercado, la otra, cuestión que nuestro ordenamiento legal pareciera reconocer”. Como argumento, la profesora RAMÍREZ, MARÍA CECILIA cita el artículo 436 inciso segundo del Código Penal (el llamado “robo por sorpresa”), que a su juicio daría cabida “a que se considere el cuerpo de una persona como esfera de custodia de las especies que se llevan consigo, con lo que es dable pensar que se trata de una esfera que se puede consolidar tras el quebrantamiento de otra”.

tendría importantes consecuencias en el ámbito de los denominados “hurto hormiga”, otorgando una mayor certeza para la determinación del momento de consumado del delito. En el ámbito del tipo objetivo los actos posteriores a la apropiación, incluyendo la posibilidad de disponer del bien, corresponden a la fase de agotamiento del delito y no resultan necesarios para su consumación.

IV. REFORMA PENDIENTE EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO: ANTEPROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO PENAL

Resulta sorprendente que luego de una sentencia tan contundente como la de la Corte Suprema de 20 de abril de 2005 –que señaló que el hurto-falta frustrado y tentado no tenía una pena determinada asignada–, haya transcurrido el tiempo²⁸ sin que se corrija legislativamente este error. Teniendo la materia tanta importancia práctica para una efectiva protección del derecho de propiedad y siendo el error de fácil solución, la demora resulta inexplicable²⁹.

Con todo, el estudio de una reforma global a los delitos contra el patrimonio, que modifique nuestro ya vetusto Código Penal que data de 1874, es indispensable. En este sentido, cabe destacar los cambios que introduce el Anteproyecto de Nuevo Código Penal elaborado por el Foro Penal que, entre otras modificaciones, pretende terminar con el casuismo excesivo, imponiendo criterios sistemáticos claros y clasificaciones jurídicas más adecuadas; busca llenar ciertos vacíos que presenta la actual regulación de los delitos contra la propiedad y hace una completa reestructuración de las sanciones eliminando el controvertido régimen de cuantías para aplicar las penas³⁰ (ni siquiera se mantiene el sistema de

²⁸ Al menos, terminado el año 2005, todavía no se aprobaba ninguno de los proyectos en trámite que buscaban asignarle una pena al hurto-falta tentado y frustrado.

²⁹ No puede negarse, sin embargo, que aún corrigiendo el error sobre la penalidad, los cambios introducidos por la Ley N°19.950 (artículo 494 bis) plantean una desarmónica sistemática difícil de sostener, sobre todo entre el tratamiento del hurto falta y las otras faltas patrimoniales contenidas en el artículo 494 N° 19 del Código Penal (disminución de la cuantía de una a media unidad tributaria mensual y sanción de la tentativa y frustración). Cfr. OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO: “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI-2005, p. 298 y 299.

³⁰ En esta materia el Foro Penal optó por poner fin al régimen de cuantía, ya que este tiende a producir en la práctica diversos casos de responsabilidad objetiva; además ha sido considerado poco democrático al darle menor protección a los sectores más desposeídos. A este último respecto, vid. MERA FIGUEROA, JORGE: *Hurto y robo*, 1995, p. 41 y ss.

cuantías para delimitar los simples delitos y las faltas³¹; estas últimas desaparecen)³².

La eliminación del sistema de cuantías tiene especial incidencia tratándose de los denominados “hurtos hormiga”, los que serán tratados simplemente como hurtos y se sancionarán siempre, cualquiera sea su grado de ejecución (se aplican las normas generales sobre tentativa, frustración y consumación). Sin embargo, en los casos de hurtos de ínfimo valor, el Foro Penal, bien orientado por el principio de insignificancia, consideró indispensable incorporar una norma que le permita al juez, en determinadas situaciones, prescindir de la pena privativa de libertad y aplicar solo una multa. Naturalmente, un juez ante una norma discrecional como esta (que en ningún caso implica ausencia de sanción), debiera tomar en consideración, entre otros aspectos, si estamos o no ante un sujeto reincidente, o si se ha valido de menores de edad para cometer el delito.

Así, el artículo 148 del Anteproyecto regula el delito de hurto de la siguiente manera:

“Artículo 148.- El que sin la voluntad de su dueño se apropia cosa mueble ajena será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de una a diez unidades tributarias mensuales.

La pena se podrá elevar en un grado cuando el hecho revista especial gravedad, en atención al valor de la cosa apropiada o a los efectos especialmente perjudiciales que su pérdida tenga para la víctima.

Tratándose de la apropiación de cosas de ínfimo valor, el tribunal podrá prescindir de la pena de reclusión e imponer en su lugar solo la pena de multa”.

Por último, la experiencia codificadora comparada muestra que una reforma global a los delitos contra el patrimonio es una de las

³¹ En España, al eliminarse en 1983 el régimen de cuantías para determinar las penas, se lo mantuvo, sin embargo, subsistente únicamente para la delimitación de los simples delitos y las faltas. Al respecto vid. QUINTERO OLIVARES, GONZALO y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: La reforma penal de 1983, 1983, p. 140 y ss.

³² Aunque no fue una materia que se discutió en el Foro Penal, una consecuencia de la eliminación del régimen de cuantías tiene que ver con el concepto del bien jurídico protegido en los delitos contra el patrimonio. Al desvincularse la determinación de la pena de consideraciones económicas, se abre el camino para una concepción personal del patrimonio “en oposición a una económica o jurídico-económica”, que atienda a criterios de valoración de los bienes que consideren la utilidad objetiva de los mismos para satisfacer los fines pretendidos por el sujeto. Por todos, vid. un completo estudio sobre las distintas concepciones del patrimonio en GALLEGO SOLER, JOSÉ-IGNACIO: Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial, 2002, p. 103-296.

materias que genera mayores polémicas, y se corre el riesgo de que el debate parlamentario se politice por intereses meramente electorales. Confío, sin embargo, en que al igual como ocurrió con la Reforma Procesal Penal, al discutirse el Anteproyecto de Nuevo Código Penal seamos capaces de imponer criterios de racionalidad en el debate, que nos permitan contar con una adecuada y moderna legislación penal, en un ámbito tan relevante como la protección del derecho de propiedad.

V. CONCLUSIONES

El fallo de la Corte Suprema, de 20 de abril de 2005, dejó en evidencia una reforma legal técnicamente mal hecha, al no contener el nuevo artículo 494 bis una sanción determinada para los hurto-falta frustrado y tentado. Cabe elogiar esta decisión judicial, toda vez que el principio de legalidad, reconocido constitucionalmente, es una exigencia básica del Estado de Derecho cuya vigencia no se puede pasar a llevar para resolver un problema particular, como es la impunidad que pudiera producirse en los denominados “hurtos hormiga”. Resulta sorprendente, sin embargo, que luego de una sentencia tan contundente como esta, haya transcurrido tanto tiempo sin que se corrija legislativamente este error (al menos durante el 2005 no hubo una rectificación legislativa a pesar de existir proyectos en trámite). Teniendo la materia tanta importancia práctica para una efectiva protección del derecho de propiedad y siendo el error de fácil solución, la demora resulta inexplicable.

Como un efecto no buscado de la sentencia de nuestro máximo tribunal, ella contribuyó a profundizar las controversias que tradicionalmente han debido afrontar nuestros tribunales para determinar el momento de consumación en el hurto. En efecto, establecida la impunidad de los actos ejecutivos anteriores a la consumación, el debate sobre si estamos frente a una hipótesis tentada, frustrada o consumada adquirió mayor relevancia: no está en juego la magnitud de la pena, sino si se sanciona o no penalmente. En esta materia, lamentablemente la jurisprudencia no ha logrado establecer criterios precisos, con grave daño a la seguridad jurídica. Reglas del juego claras y conocidas de antemano, sobre todo en un ámbito tan sensible como la protección del derecho de propiedad, constituyen una exigencia básica para el fortalecimiento de una sociedad libre.

Finalmente, una reforma global a los delitos contra el patrimonio es todavía un tema pendiente en nuestro país. En este sentido, cabe apreciar los cambios que contiene el Anteproyecto de Código Penal elaborado por el Foro Penal que, entre otros aspectos, elimina el sistema de cuantías para aplicar las penas, terminando incluso con la distinción entre simples delitos y faltas.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Anteproyecto de Nuevo Código Penal elaborado por el Foro Penal y entregado al Presidente de la República en diciembre de 2005.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO: “Delitos contra intereses instrumentales”, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez N° 1-2004, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003, Peñalolén, 2004, p. 291-345.
- CURY URZÚA, ENRIQUE: Derecho Penal. Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.
- GALLEGO SOLER, JOSÉ-IGNACIO: Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial, Tirant Monografías, Valencia, 2002.
- GARCÍA ARÁN, MERCEDES: El delito de hurto, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- GARRIDO MONTT, MARIO: Derecho Penal. Parte Especial, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- MATA Y MARTÍN, RICARDO M.: El delito de robo con fuerza en las cosas, Tirant Monografías, Valencia, 1995.
- MERA FIGUEROA, JORGE: Hurto y robo, LexisNexis, Santiago, 1995.
- MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal. Parte General, Cuarta Edición, Barcelona, 1996.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Derecho Penal. Parte Especial, Novena Edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1993.
- OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO: “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI-2005, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2005, p. 245-307.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO Y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: La reforma penal de 1983, Ediciones Destino, Barcelona, 1983.
- RAMÍREZ, MARÍA CECILIA: “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI-2005, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2005, p. 133-141.
- ROXIN, CLAUS: Derecho Penal. Parte General (I), Segunda Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

¿Alegaciones de fondo en un Recurso de Amparo? Comentario de sentencia de Corte Suprema, de 1 de agosto de 2005. Rol 3630-2005



JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT
Profesor de Derecho Penal
Universidad de los Andes

RESUMEN EJECUTIVO

El presente comentario se refiere a una sentencia de la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago que, conociendo de un recurso de amparo, revoca el auto de procesamiento de un funcionario público por fraude al Fisco y otros delitos, y a la siguiente sentencia de la Excm. Corte Suprema que, conociendo de la apelación de dicha sentencia, vuelve a dejar a firme el referido procesamiento.

El punto relevante respecto de estas sentencias, más que las cuestiones de fondo (pues no se trata de sentencias definitivas), es la ancestral discusión acerca de la naturaleza del recurso de amparo dentro del proceso penal del antiguo sistema. Nuestra Jurisprudencia ha sido especialmente vacilante en determinar si por esa vía pueden o no discutirse asuntos de fondo o si simplemente es una vía para tutelar formalmente las resoluciones judiciales que puedan amagar o afectar la libertad ambulatoria. Las sentencias analizadas son, desde esta perspectiva, la encarnación misma del péndulo jurisprudencial.

La única forma de enfrentar adecuadamente el problema exige detenerse en los requisitos mismos del auto de procesamiento como resolución capaz de amagar o afectar la libertad ambulatoria. Especialmente ha de considerarse que la acción constitucional de amparo en un juicio criminal solo puede ejercerse a condición de que no se hayan deducido los 'otros recursos legales'. Ello permite afirmar que, cuando menos respecto de los requisitos mismos establecidos en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, las alegaciones de fondo destinadas a desvirtuar la existencia del delito o la participación del imputado no pueden desecharse sin más.

SUMARIO

I.- Introducción; II.- Antecedentes: 1. Sentencia de la Corte de Apelaciones de fecha 22 de julio de 2005, 2. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 1 de agosto de 2005; III. Pormenores del Recurso de Amparo en sede criminal: 1. Justificación de la existencia del delito; 2. Presunciones fundadas de participación en el hecho. IV. Consecuencias: La necesidad de aceptar alegaciones de fondo respecto de los requisitos consagrados en el artículo 274 del CPP.

I. INTRODUCCIÓN

El siguiente comentario se refiere a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 1 de agosto de 2005 pronunciada en la causa rol 3630-2005 que dejó sin efecto la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago que había acogido un recurso de amparo contra un auto de procesamiento dictado por un Juez del Crimen (Ministro en visita extraordinaria) conociendo de una causa por los delitos de fraude al fisco, estafa en perjuicio del fisco y falsificación de instrumento público. En honor a la verdad, la sentencia servirá solo de pretexto para acercarse a un gran problema pendiente en nuestro sistema de procedimiento penal: la posibilidad de incorporar alegaciones de fondo en un recurso de amparo interpuesto contra una resolución de un juez del crimen en una causa criminal que está conociendo.

Sabido es que en estas materias nuestra alta jurisprudencia no ha conseguido uniformar un criterio que permita determinar con claridad si un pronunciamiento de esta naturaleza debe referirse solo a la competencia de un juez del crimen y la incuestionabilidad procesal de la medida o si es posible discutir en esta sede problemas de fondo que permitan incluso cuestionar los presupuestos jurídicos del delito. Vayan sobre este punto las siguientes consideraciones sin otra intención que la de iniciar una discusión que parece haberse omitido en nuestro medio.

II. ANTECEDENTES

1. Sentencia de la Corte de Apelaciones de fecha 22 de julio de 2005

Con fecha 22 de julio de 2005 recurrió de Amparo don Matías de la Fuente Condemarín por haberse dictado en su contra por la Ministra instructora Glora Ana Chevesich un auto de procesamiento por su participación en los delitos de fraude al fisco y falsificación de instrumento público. Es evidente que un auto de procesamiento no solo produce un amago a la libertad ambulatoria de aquel en cuya contra se ha dictado, sino que entraña en sí mismo –por la existencia del arraigo de pleno Derecho– una limitación directa de ese derecho. Desde este punto de vista, no vale la pena destinar esfuerzos en demostrar que este presupuesto material del recurso está

cumplido, sino que baste simplemente darlo por descontado y pasar directamente a los problemas que interesan¹.

El fundamento del recurso fue precisamente que el referido procesamiento no contaba con los antecedentes que lo justificasen ni se cumplía con los demás requisitos legales consagrados en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal.

Al resolver el recurso, la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (SCAS) expresa textualmente en el considerando 7° que “esta judicatura se encuentra ante elementos de juicio que *no le permiten convencerse*, en primer término, que no se hayan realizado los trabajos en torno a los cuales giran las mencionadas resoluciones (...) [ni] que se haya sustraído suma de dinero de patrimonio fiscal...” y en el Considerando 8° “que, siendo así, se arriba a la conclusión que la limitante a la libertad que afecta a Matías de la Fuente Condemarín no es legal, por cuanto *proviene de un procesamiento que no ha sido dictado respecto de delitos cuya existencia se encuentre justificada (...)*”².

Con estas consideraciones, la sentencia se adentra directamente en los elementos de convicción que obran en el proceso afirmando que, al menos los que ha tenido a la vista, no son suficientes para afirmar la existencia del delito conforme a las exigencias del artículo 274 del CPP.

Es interesante hacer presente que la referida resolución fue dictada una vez desechada la indicación del ministro Dahm, que solicitaba declarar improcedente el recurso de amparo deducido, toda vez que de acuerdo al artículo 306 del CPP, el examen *del mérito de los antecedentes* corresponde al juez de primer grado y no es susceptible de revisión por la vía del amparo. En otros términos, el ministro Dahm hizo presente que respecto del mérito de los antecedentes –que no es sino la ponderación de la prueba– no corresponde a la instancia, por vía de amparo, pronunciarse.

Al margen de esta indicación desechada, es evidente que la SCAS entró a ponderar cuestiones de fondo relativas a la convicción a la que llegaba conforme a los antecedentes que le habían traído a la vista. En otros términos, ponderó, desde el fondo, los antecedentes

¹ Por lo demás, el propio artículo 306 del CPP establece que todo individuo contra el que pese una orden de arraigo podrá recurrir de amparo.

² Las cursivas son nuestras.

de la causa y revocó el procesamiento sobre la base de que el 'delito' no se encontraba debidamente justificado.

2. Sentencia de la Corte Suprema de fecha 1 de agosto de 2005

La Sentencia de la Corte Suprema (SCS) de fecha 1 de agosto de 2005, por su parte, revocó la SCAS reponiendo el procesamiento decretado en primera instancia. Los argumentos de la referida sentencia pueden sintetizarse del siguiente modo:

1. Que un auto de procesamiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 306 del CPP, especialmente atendiendo a la exigencia de que no se hubieren deducido los otros recursos legales, puede ser revisado por la vía de un recurso de amparo. Con esta consideración, si bien permite la revisión del auto de procesamiento, no hace un pronunciamiento acerca de qué es lo que se puede rever de dicha resolución. En otros términos, elude pronunciarse acerca de si por esta vía puede revisarse solo la forma del auto de procesamiento o también el fondo que lo sustenta.
2. Que como es de general dominio, todo auto de procesamiento exige que por la investigación llevada a efecto en el curso de un sumario judicial penal se encuentre justificada la existencia del delito que se investiga y que aparezcan presunciones fundadas para estimar que el inculpado ha tenido participación en él como autor, cómplice o encubridor. Y esto le impone al juez que lo dicta *un nivel de exigencia probatoria inferior al que le requiere cuando dicta sentencia definitiva* para los mismos efectos de acreditar hecho punible y grado de participación. Le exige simplemente *presunciones que no resulten ser arbitrarias o ilegales*, de modo que el control por vía del amparo constitucional debe dirigirse fundamentalmente a velar por la no concurrencia de defectos de esta naturaleza pero no a ejercer un control estricto como si se tratara de resolución definitiva.
3. Que la recurrente, en sus alegatos, profundizó en argumentos de derecho que apuntan esencialmente al análisis de los elementos que integran el tipo penal de uno de los delitos objeto del auto de procesamiento como si se tratara del cuestionamiento de lo resuelto por medio de una sentencia definitiva.

Ello, según la sentencia, no es posible por lo ya expresado antes sobre el tema (¿?), como por la necesidad de evitar una eventual inhabilidad futura.

4. La sentencia luego transcribe las consideraciones que tuvo presente la ministra Chevesich para procesar y afirma que la resolución cuestionada se encuentra fundada en antecedentes reales y concretos reunidos en el curso de la investigación hasta la fecha de su dictación y que resulta para los sentenciadores absolutamente ajustada a derecho toda vez que emana de autoridad con facultad para disponer arraigo, detención o prisión, ha sido dictada dentro de los casos dispuestos por la ley cumpliéndose por lo demás con las formalidades exigidas por el Código de Procedimiento Penal, y con mérito y antecedentes que lo justifican.
5. Por ello se revoca la resolución apelada de veintidós de julio de 2005, y en su reemplazo se declara que se rechaza el recurso de amparo deducido y se repone íntegramente la vigencia del auto de procesamiento.

Es necesario hacer presente que de un modo consistente con su postura, la referida decisión se acordó contra el voto del Presidente de la Sala, don Alberto Chaigneau del Campo³, quien concurrió a la revocatoria teniendo presente para ello únicamente los siguientes fundamentos:

1. Que, de acuerdo a lo que establece el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, la resolución que somete a proceso al imputado tiene como objeto que con él puedan entenderse desde su notificación todas las diligencias del juicio y hacer obligatoria su defensa. Por otra parte, el auto de procesamiento, conforme a lo estatuido por el artículo 278 bis del mismo cuerpo legal, es una resolución que siendo revocable dista de tener características de definitiva, puesto que puede ser dejada sin efecto o modificada de oficio o a petición de parte⁴.

³ El Ministro señor Chaigneau, consistentemente se ha declarado en contra de la posibilidad de hacer valer ningún tipo de alegaciones de fondo en sede de amparo, generalmente como voto de minoría o como indicaciones previas. Sobre ello vid. entre otras, las SsCS de fecha 7 de noviembre de 2001 rol 4237-2001; de fecha 12 de agosto de 2002, rol 2890-2002; y de fecha 22 de enero de 2004, rol 336-2004.

⁴ Solo cabe una breve reflexión respecto de este considerando. Resulta extremadamente peligroso argumentar que el auto de procesamiento es meramente una resolución revocable y que solo tiene como objeto hacer obligatoria la defensa del proce-

2. Que el recurso de amparo está establecido con el objeto de evitar el arresto, detención o prisión realizada con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes y, además, con el objeto de precaver una privación, perturbación o amenaza del derecho a la libertad y a la seguridad de las personas.
3. Que de aceptar que mediante este recurso constitucional se pueda analizar materias de fondo contenidas en un auto de procesamiento por la Corte de Apelaciones respectiva, se estaría dando la situación anómala de que tal resolución, después de ser estudiada cabalmente por tal tribunal, pueda volver a revisarse, también en su totalidad por esta Corte Suprema.
4. Que evidentemente una situación como esta no resultaría congruente con el sistema de doble instancia que nuestra legislación establece, ya que se estaría transformando a esta Corte Suprema en una real y efectiva tercera instancia y al recurso de amparo, en un juicio penal sumarísimo, lo que es evidentemente contrario al principio del debido proceso legal.

III. PORMENORES DEL RECURSO DE AMPARO EN SEDE CRIMINAL

El recurso de Amparo está consagrado en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y reglamentado en los artículos 306 y ss. del Código de Procedimiento Penal⁵. En ocasiones, la doctrina se ha referido a él directamente como acción constitucional de amparo, pues todo recurso exige la existencia previa de una resolución judicial que impugnar, cosa que no siempre ocurre respecto de los hechos susceptibles de tutela por esta vía. Es evidente, sin embargo, que respecto de la aplicación de dicha acción en un proceso criminal, estamos propiamente frente a un recurso⁶. Según lo dispuesto en el Artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, dicho

sado y entenderlo notificado de las diligencias de la causa. El auto de procesamiento es una resolución extremadamente gravosa, que respecto de muchos delitos implica una orden de aprehensión, la concesión de libertad sujeta a consulta, e incluso el arraigo de pleno Derecho. No se trata de una resolución simplemente que otorga garantías a los procesados (que también las otorga), sino que implica una afectación concreta y decidida en sus Derechos. Desde esta perspectiva, la consideración de sus virtudes no debe hacer olvidar el gravamen que causa.

⁵ Así como en el Auto Acordado correspondiente de 1932.

⁶ Vid. Verdugo/Pfeffer/ Nogueira, Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1999, p. 331.

recurso procede en aquellos casos en que se haya dictado una orden de arraigo, detención o prisión (1) por una autoridad que no tiene facultad para ello, o (2) que esta haya sido expedida fuera de los casos previstos en la ley o (3) con infracción de cualquiera de las formalidades establecidas en el CPP, o (4) sin que haya mérito o antecedentes que lo justifiquen.

Es evidente que un ministro instructor (en la especie, un ministro en visita extraordinaria) es una autoridad que está facultada para dictar una orden como esa y afectar la libertad ambulatoria. Ello permite obviar cualquier discusión acerca de la primera hipótesis del artículo 306. Del mismo modo, no es objeto de este comentario analizar si se dio cumplimiento o no a todas las formalidades legales establecidas en el Código de Procedimiento Penal, hecho que “dicho sea de paso” no fue cuestionado por las partes y fue expresamente reconocido en la sentencia de primera instancia (considerando 4° de la SCAS).

Luego, el eje de estas reflexiones debe estar en los requisitos que versan sobre la dictación de dicha orden dentro de los casos previstos en la ley y en la existencia de mérito o antecedentes que lo justifiquen. La sola lectura de estas hipótesis del artículo 306 del CPP permite hacer una primera distinción. En primer lugar es necesario tener presente que para determinar si el auto de procesamiento ha tenido lugar dentro de los casos previstos en la ley, es imprescindible revisar las condiciones impuestas por el artículo 274 del CPP. Luego, solo puede afirmarse que se cumple tal requisito cuando se encuentran acreditadas las exigencias establecidas en dicha norma. Por otro lado, hay que tener presente que la discusión acerca del mérito de los antecedentes es una discusión acerca de la convicción a la que puede llegar el tribunal y, por tanto, de ponderación de los antecedentes allegados al proceso.

Luego, como primer paso, debemos hacernos cargo de los requisitos establecidos por el artículo 274 respecto de la dictación de un auto de procesamiento. Dicho artículo establece los requisitos que deben existir para que proceda una resolución de esa naturaleza, de modo que después que el juez haya interrogado al inculcado, lo someterá a proceso, si de los antecedentes resultare:

- 1° Que está justificada la existencia del delito que se investiga, y
- 2° Que aparecen presunciones fundadas para estimar que el inculcado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.

De este modo, el artículo prescribe que deben darse cuando menos tres requisitos: (1) que se haya interrogado al inculpado; (2) que *esté justificada la existencia del delito* que se investiga y (3) que *aparezcan presunciones fundadas de que al inculpado le ha cabido participación en el hecho*.

1. Justificación de la existencia del delito

El primer requisito versa sobre la existencia del delito que se investiga. Luego, cualquier análisis acerca de si el delito ha tenido lugar o no exige tener muy presente qué es un delito, pues ha sido precisamente la expresión de que se ha servido la ley. No ha utilizado la expresión “hecho punible” (como en los artículos 5, 10, 12, 14, 40, 83, 90, 106, 108 y ss., y un largo etcétera), tampoco la expresión “hecho que constituya el delito” (como en el artículo 13): se ha servido de la expresión “delito”. Y el delito es una calificación jurídica que se realiza sobre un hecho. El sistema jurídico penal observa un hecho y realiza una serie de operaciones mediante las que califica el hecho como delito⁷. Si –tal como todavía se enseña en la gran mayoría de las aulas en que se imparte Derecho Penal– el delito es un hecho típico, antijurídico y culpable; es evidente que para afirmar la existencia de un delito es imprescindible realizar una serie de juicios de carácter eminentemente jurídico respecto de un hecho. En otros términos, no estamos frente a un delito si el hecho no es típico, o si siendo típico concurre una causa de justificación, o si siendo típico y antijurídico concurre una causa de exculpación.

Pero, la pregunta es: ¿estará pensando en esto el artículo 274 cuando exige que el delito esté justificado? En otros términos, ¿será necesario afirmar que ese hecho es típico (que calza con la descripción abstracta que ha hecho la ley de la conducta sancionada), que es antijurídico (luego no ha concurrido ninguna causa de justificación) y que es culpable (esto es, que se pueda afirmar que el sujeto, según los patrones diferenciados socialmente, podría haberse comportado de un modo diverso de haber tenido la motivación adecuada) para dictar un auto de procesamiento? Es indudable que solo una vez que se han realizado todas estas operaciones, es posible afirmar que estamos frente a un delito, pero

⁷ Sobre esto vid. Piña Rochefort, Rol social y sistema de Imputación, Bosch Barcelona, 2004.

son legítimas las dudas acerca de si esta exigencia es la que ha impuesto el artículo 274 del CPP.

De cualquier modo, es evidente que en el ámbito de un procesamiento, no es necesario que se llegue a una convicción equivalente a la de una sentencia condenatoria. El *indubio pro reo* (o la exigencia de llegar a la absoluta convicción a partir de los medios de prueba legales) es una exigencia de la sentencia condenatoria y no de un procesamiento (art. 456 bis CPP)⁸. De la misma forma lo ha consignado el considerando 1º de la SCS comentada. Luego, el baremo de convicción no debe equipararse al de dicha sentencia condenatoria, sino simplemente con que la existencia del delito se encuentre adecuadamente justificada y que no se funde en presunciones o interpretaciones antojadizas o arbitrarias⁹.

Luego, incluso si se aceptare que para dictar un auto de procesamiento se exige justificar la existencia de un delito (y todos sus elementos) bastaría para ello que tal comprobación se hiciera de un modo somero. No es necesario que llegue a la convicción absoluta de que han concurrido todos los componentes del injusto culpable, pero es necesario que su presencia se haya planteado razonablemente pues de ello depende la concurrencia del requisito para procesar.

Pero eso no es todo. El artículo 274 exige que, además, deba realizarse una serie de preguntas acerca de la participación en dicho hecho, sea a título de autor, cómplice o encubridor. En otros términos, el juez que dicte un auto de procesamiento debe repasar también el estatuto de la participación criminal para determinar si es posible afirmar que le ha cabido una participación jurídico-penalmente relevante en el hecho sancionado. Volveremos sobre esto.

De este modo, cuando la SCS critica que la recurrente haya abundado en argumentos de derecho que apuntan esencialmente al análisis de los elementos que integran el tipo penal (como si se tratara del cuestionamiento de lo resuelto por medio de una sentencia definiti-

⁸ Sobre esto vid. Cury, Derecho Penal, PG, pp. 120 y ss.

⁹ De cualquier modo, un razonamiento de esta naturaleza –si bien referido a un sistema procesal agonizante– debería ser jurisprudencialmente revisado. La práctica ha demostrado que la dictación de un auto de procesamiento no es un hecho inocuo, sino que produce una fuerte intervención en los derechos del afectado. Desde esta perspectiva, la revisión del cumplimiento de sus requisitos, si bien naturalmente debería ser menor que el de una sentencia condenatoria, no debería limitarse exclusivamente a comprobar su pulcritud formal o lógica.

va), parece perder de vista que es imposible hacerse cargo de un auto de procesamiento sin atacar la existencia del delito y que atacar la existencia del delito muchas veces no puede hacerse sino cuestionando la concurrencia de los elementos del tipo específico. Esto puede graficarse claramente con algunos ejemplos. Piénsese en la dictación, por parte de algún juez en lo criminal, de un auto de procesamiento por un “cuasidelito de daños” (delito no consagrado en nuestro ordenamiento, pues los daños solo admiten comisión dolosa). ¿Podría dicha resolución atacarse por la vía del amparo? Parece poco razonable afirmar que una resolución de esta naturaleza no podría revisarse por la vía del amparo constitucional. Sería, si bien dictada por un tribunal con la facultad de dictarla y tal vez cumpliendo con todos los requisitos formales establecidos en el CPP, una resolución flagrantemente contraria a nuestro ordenamiento punitivo y que además versaría sobre un delito inexistente (imposible de cometer por exigencias del principio de legalidad). Pues bien, una argumentación de esta naturaleza solo podría llevarse adelante cuestionando los pormenores típicos del delito de daños consagrado en los artículos 484 y ss. del Código Penal.

En otros términos, para poder echar por tierra una resolución de esa naturaleza, la defensa se vería forzada a entrar en el análisis del tipo de daños del artículo 484 en relación con la cláusula consagratoria de la comisión imprudente de los artículos 490 y ss. para concluir que la tipificación de la imprudencia solo alcanza la comisión de delitos contra la personas y que por tanto, no puede afirmarse la existencia del cuasidelito de daños en nuestro ordenamiento¹⁰. Probablemente una revisión de esa naturaleza se produciría sin problemas por la vía del amparo constitucional sin que nadie cuestionara el hecho de haberse analizado en los alegatos los pormenores típicos de los daños¹¹.

¹⁰ Sobre esto Bustos Ramírez, *El delito culposo*, Editorial Jurídica, 1995.

¹¹ Esta consideración puede encontrarse en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua de fecha 10 de julio de 2003 (rol 215.319-2003) que señala “que si bien el amparo no es la vía normal para atacar una resolución del tipo de la que se impugna, ello es así en la medida en que el hecho que se impute sea efectivamente delictivo, que los sucesos probados encuadren en el tipo, y existan a lo menos fundamentos probatorios mínimos para sostener el auto en cuestión. Desde que se cumplan todas esas exigencias, ponderar si las presunciones son o no bastantes para dar por acreditado el delito o para justificar la participación, será cuestión que usualmente se reservará para revisar en un recurso de apelación y no en un amparo. En el caso sublite, sin embargo, el punto no se refiere a una mayor o menor existencia de pruebas incriminatorias, sino a determinar si los hechos establecidos encuadran o no en el tipo penal. (...) Que por tanto en amparo debe acogerse, porque el auto de procesamiento se basa en hechos inexistentes o en todo caso no delictivos y, por ende, carece de fundamento”.

2. Presunciones fundadas de participación en el hecho

Otro tanto podría afirmarse del análisis de la participación. Tal como hemos visto, para poder dictar un auto de procesamiento de conformidad a nuestro ordenamiento es necesario que existan presunciones fundadas de la participación en el hecho a título de autor, cómplice o encubridor¹². Para llegar a una conclusión de esta naturaleza, es imprescindible tener presente también algunas alegaciones de fondo, sin que ello implique que se esté instrumentalizando el recurso de amparo. De hecho, este requisito podría desglosarse en una doble exigencia, probatoria y sustantiva. “Presunciones fundadas” hace referencia a valoración de antecedentes y “participación” hace referencia a la calificación jurídica de una intervención fáctica en el hecho (o “no intervención” en el caso de una incriminación omisiva). Luego, para revisar el cumplimiento de estas exigencias hay que ponderar los antecedentes del proceso y revisar el estatuto sustantivo (Derecho penal de fondo) de la participación.

En un ejemplo, piénsese en la dictación por parte de algún juez en lo criminal, de un auto de procesamiento por la participación de un particular, a título de autor, en el delito de prevaricación. Es evidente que la prevaricación es un delito funcionario que solo puede ser cometido por funcionarios públicos relacionados con la actividad jurisdiccional (con la excepción de la prevaricación especial del abogado). Según las más difundidas interpretaciones –y aceptadas casi unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia– en los delitos funcionarios no es posible tener participación, a título de autor, por parte de quien no ostente la calidad de funcionario público (*extraneus*)¹³. Luego, se trata, en esos casos, de un delito imposible de cometer, de modo que podría echarse por tierra el procesamiento por la inexistencia del delito, exigido por el artículo 274. Sin embargo, para llevar a cabo dicha alegación sería imprescindible hacerse cargo de una serie de aspectos de fondo tanto relativos a los pormenores típicos de la prevaricación como a los aspectos fundamentales de la participación (especialmente en los delitos especiales impropios).

¹² Arts. 15 y ss. del Código Penal.

¹³ Sobre esto vid. Rodríguez Collao/Ossandón Widow, *Delitos contra la función pública*, Editorial Jurídica, Santiago, 2005.

IV. CONSECUENCIAS: LA NECESIDAD DE ACEPTAR ALEGACIONES DE FONDO RESPECTO DE LOS REQUISITOS CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 274 DEL CPP

Luego, no es correcta la afirmación de que, por la vía del amparo, no se pueden revisar ni realizar las alegaciones de fondo.

Resulta especialmente atendible la disposición contenida en el artículo 306 del CPP, que impone que solo pueda interponerse el recurso de amparo 'si no se hubieren deducido los otros recursos legales'. La interposición, por ejemplo, de un recurso de apelación, implica que el recurso de amparo deba declararse inadmisible (vid. SCS rol 1881-2002, de 4 de junio de 2002).

Qué sentido tendría imponer una exigencia de esta naturaleza si el recurso de amparo en sede criminal solo se hubiere podido interponer por falta de pulcritud procesal. En otros términos, si en el recurso ordinario de apelación se conoce del fondo, por qué en el recurso de amparo, en que solo se revisaría la forma, se exigiría que no se hubiera interpuesto algún otro recurso legal.

Es evidente que la ley ha tenido especialmente en cuenta que, en este caso, puede producirse una intersección entre las posibilidades de un recurso de apelación y de un recurso de amparo. Y ello se produce precisamente pues el amparo puede referirse a la existencia del delito y la participación, de modo que algunas consideraciones de fondo son ineludibles.

Luego, es posible desprender una conclusión de estas consideraciones: la afirmación de que por la vía del amparo no se pueden hacer alegaciones de fondo para dejar sin efecto un auto de procesamiento debe ser matizada. No pueden hacerse valer alegaciones de fondo que no guarden relación con la existencia del delito y con la participación, pero estas sí pueden invocarse, pues son precisamente las exigencias que ha puesto el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal.

En otros términos, cualquier otra alegación de fondo, que no se refiera a la existencia del delito o a la participación del inculcado, debe ser desechada en la vía del amparo constitucional. Ello implica que no puedan hacerse valer alegaciones orientadas –por ejemplo– a acreditar la extinción de la responsabilidad penal, pues ello no tiene nada que ver con la existencia del delito y la participación en él. No se puede alegar la prescripción de la acción penal (SsCS rol 3770-2001 de 4 de octubre de 2001; rol 2265-2002 de 26 de

junio de 2002; rol 3670-2002 de 30 de septiembre de 2002). Tampoco podrían hacerse valer causas de extinción de la responsabilidad penal consagradas en el artículo 93 del Código Penal, como la amnistía o el indulto, pues ellas se orientan a negar la existencia de la responsabilidad penal por un delito cometido y no a desvirtuar la existencia del delito. Del mismo modo, tampoco se podría alegar la ausencia de una condición objetiva de punibilidad como la muerte del suicida en un procesamiento por auxilio al suicidio o la declaración de quiebra en el auto de procesamiento durante la calificación de una quiebra como fraudulenta. Una opción de esta naturaleza puede criticarse, pero es la más apegada al texto de la ley, que exige que se someta a discusión la existencia del delito y no otros pormenores relevantes a efectos de punibilidad.

Luego, deben aceptarse alegaciones de fondo que se orienten a negar la existencia del delito o la participación en él. Ello implica que en sede de amparo se puedan discutir pormenores tan relevantes como la ausencia de acción o de resultado, la imposibilidad de imputación de resultado a una infracción (en suma todas las discusiones relativas al tipo objetivo); los relativos a un error de tipo excluyente del dolo o a la infracción de los deberes de custodia en la delincuencia imprudente (en suma todo el tipo subjetivo). Del mismo modo, se pueden hacer valer alegaciones acerca de la concurrencia o no de legítima defensa o estado de necesidad, ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, etc. (en suma todo lo relativo a la concurrencia de causas de justificación).

Esto implica que si está justificada la existencia de un hecho típico e igualmente justificada la concurrencia de una causa de justificación, ello debería implicar que se acoja el amparo. Lo mismo si está justificado que habiéndose causado un resultado prohibido, está igualmente justificado que no se han superado los riesgos permitidos, o que la intervención de un tercero doloso ha desplazado al agente (prohibición de regreso) o que la víctima ha tenido una participación gravitante en dicha causación (imputación a la víctima).

Mucho más discutible resulta la posibilidad de hacer valer alegaciones relativas a la culpabilidad del sujeto. Rigurosamente, la discusión acerca de la culpabilidad debería entenderse como comprendida dentro de la determinación acerca de si el delito ha existido o no. En otros términos, si el delito es un hecho típico, antijurídico y culpable, la discusión acerca de la culpabilidad del sujeto implica-

ría la inexistencia del delito y por tanto podría discutirse como presupuesto fundante de un auto de procesamiento según el artículo 274 del CPP.

Nuestra jurisprudencia, sin embargo, se ha pronunciado expresamente en contra de esta posibilidad, negando que las alegaciones relativas a la inimputabilidad puedan hacerse valer en la vía del amparo. Así, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado expresamente que las alegaciones que sirven de fundamento al recurso que se está conociendo, no se dirigen a impugnar la inexistencia del hecho punible ni la participación criminal que le habría correspondido al amparado en el ilícito materia del auto de procesamiento dictado en su contra, constituyendo las mismas, alegaciones que miran al juicio de reproche el cual es un juicio valorativo que no corresponde efectuar por esta vía (rol 48.183-2002 de 12 de julio de 2002¹⁴; vid. también SCS rol 1093-2001 de 2 de abril de 2001).

No resulta ocioso hacer presente que en esta sentencia la corte utiliza la expresión “hecho punible” y no delito. Luego, si no deben considerarse las causas de exculpación querría decir que lo que se puede revisar por la vía del amparo sería solo el injusto, es decir el hecho típico y su justificación pero no la culpabilidad. Esta opción es razonable pues efectivamente el juicio de reproche parece exceder las posibilidades de análisis de un procesamiento.

Desde esta perspectiva, querría decir que la expresión “delito” del artículo 274 debe interpretarse como “injusto punible”, restringiendo la revisión a la tipicidad y antijuridicidad, pero excluyendo el juicio de culpabilidad. De este modo, en sede de amparo se podrían revisar todas aquellas alegaciones de fondo destinadas a desvirtuar la tipicidad del hecho y su antijuridicidad. En otros términos, revisando un auto de procesamiento podrá argumentarse que el resultado típico se ha producido sin haberse superado el riesgo permitido, o bajo el amparo del principio de confianza, de una prohibición de regreso o por un hecho imputable a la víctima; o que el resultado se habría producido aun cuando la conducta se hubiese llevado a cabo conforme a Derecho (en suma, todas las alegaciones destinadas a desvirtuar la imputación objetiva); lo mis-

¹⁴ Lamentablemente la CS, conociendo de esta causa se limitó a señalar que se rechazaba el recurso toda vez que derivaba de una resolución que se ha librado por autoridad facultada al efecto, dentro de los casos previstos por la ley y existiendo mérito suficiente para ello.

mo con la inexistencia de dolo cuando el delito no admite comisión imprudente o de algún otro elemento subjetivo del tipo (en suma, todas las alegaciones destinadas a desvirtuar la imputación subjetiva). Por último, para terminar con el injusto punible, es posible hacer valer las alegaciones correspondientes a las causas de justificación, como el haber obrado en legítima defensa o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo. En otros términos, puede recurrir de amparo un funcionario policial que ha sido detenido por detener legítimamente a un delincuente flagrante, pues la concurrencia de la justificación niega la existencia de su delito.

También podrán hacerse valer todas las alegaciones orientadas a negar la participación en el hecho, sean fácticas o jurídicas (probatorias o de fondo). En otros términos, puede hacerse valer tanto la imposibilidad fáctica de participación (como cuando el sujeto no ha estado en posibilidad de ejecutarlo) como la imposibilidad jurídica de participación (como cuando el sujeto no es funcionario público respecto de un delito funcionario o cuando el sujeto no es contribuyente en un delito tributario). Solo debe excluirse de estas alegaciones (a pesar de constituir también parte del “delito”) el juicio de culpabilidad porque, en rigor, no se refiere al hecho, sino a la capacidad de responsabilidad por parte del autor.

En síntesis:

1. La afirmación de que en sede de amparo no procede efectuar alegaciones de fondo sin hacer distinciones acerca de su naturaleza es un error.
2. Son aceptables todas las alegaciones de fondo destinadas a desvirtuar la “existencia del delito” y la participación en el mismo. Cualquier otra alegación acerca del fondo (como el juicio de culpabilidad o la concurrencia de causas de extinción de la responsabilidad penal) debe postergarse hasta el momento procesal correspondiente.
3. La opción contraria implica transformar en letra muerta tanto el recurso de amparo respecto de resoluciones judiciales como las exigencias del auto de procesamiento del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal.

V. BIBLIOGRAFÍA

- VERDUGO/PFEFFER/ NOGUEIRA, Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1999.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, Rol social y sistema de Imputación, Bosch Barcelona, 2004.
- CURY, Enrique, Derecho Penal, PG, Ediciones de la Universidad Católica, Santiago 2005.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, El delito culposos, Editorial Jurídica, Santiago 1995.
- RODRÍGUEZ COLLAO/OSSANDÓN WIDOW, Delitos contra la función pública, Editorial Jurídica, Santiago 2005.

La fundamentación de la sentencia como elemento del debido proceso¹



ALEJANDRO ROMERO SEGUEL
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de los Andes

RESUMEN EJECUTIVO

En este comentario se analiza la sentencia de la Corte Suprema de 6 de abril de 2005, que reitera la doctrina de nuestro máximo tribunal sobre la fundamentación de la sentencia y el deber de los jueces de ponderar toda la prueba rendida en un juicio oral y público. Con ocasión de ello, el autor se detiene en la proyección que esta garantía tiene en otras instituciones del proceso penal. Este fallo refuerza la idea que uno de los mayores agravios que puede contener una sentencia penal es que su fundamentación no tenga la entidad para destruir o mantener la vigencia del principio de inocencia. Con esta exigente doctrina se evita que la presunción de inocencia se utilice arbitrariamente para absolver al imputado. Conjuntamente con lo anterior, se formula una comparación crítica entre el cumplimiento de esta garantía en el proceso penal y el proceso civil, denunciando la manifiesta incongruencia existente en la práctica forense. Al fin y al cabo el debido proceso es, en efecto, una garantía fundamental en una sociedad libre.

SUMARIO

I. Introducción: La doctrina de la Corte Suprema II. Presunción de inocencia y fundamentación de la sentencia III. La presunción de inocencia como base del sistema IV. Logros de esta doctrina jurisprudencial V. El retorno al “juicio” como la más auténtica garantía procesal VI. Fundamentación y cosa juzgada penal VII. Una necesaria y obligatoria comparación VIII. La deficiencia en el proceso civil. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN: LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA

El objeto de este comentario es analizar, a la luz de la garantía constitucional del debido proceso, el fallo de la Corte Suprema de 6 de abril de 2005, que anuló la sentencia pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco (de 9 de noviembre de 2004), en el proceso seguido por el delito de asociación ilícita terrorista en contra de una serie de personas vinculadas a la “Coordinadora Arauco Malleco” (CAM).

¹ Este trabajo se realiza dentro del marco del proyecto Fondecyt N°1040637 “La nueva justicia penal frente a la Constitución”.

Un grupo de personas fue acusada de asociación ilícita terrorista para cometer los delitos previstos en los artículos 1 y 2° N° 5 de la ley N° 18.314, esto es, el incendio de bosques, predios agrícolas y forestales, usurpación de terrenos, daños y desórdenes públicos en las comunas de Collipulli, Traiguén, Nueva Imperial, Lumaco, Ercilla, Angol y Temuco (en la Novena Región), además de Lleu Lleu y Tirúa (en la Octava Región).

No obstante haberse invocado varios motivos de nulidad por parte del Ministerio Público, del Ministerio del Interior y por los querellantes particulares, la Corte Suprema, en virtud de lo dispuesto en el artículo 384 del Código Procesal Penal, se limitó a admitir solo una de las causales, relativa a la falta de los requisitos de la sentencia. Según nuestro máximo tribunal, en el fallo absolutorio el Tribunal Oral habría cometido un error que hacía necesario repetir el juicio oral.

Al fundamentar la sentencia de nulidad, nuestro máximo tribunal reiteró una de las doctrinas más relevantes que ha producido la aplicación de la reforma procesal sobre la motivación de los fallos, potenciando con ello el valor de la doctrina jurisprudencial en nuestro medio, conforme se aprecia en la proyección que esta pauta está teniendo en las Cortes de Apelaciones².

Esta decisión recayó en un bullado caso, que ocupó la atención masiva de los medios de comunicación. La complejidad del tema hace que, en nuestra opinión, esta sentencia del año 2005 sea considerada como un hito relevante, para diagnosticar el funcionamiento de la reforma procesal penal³ en un tema tan capital como es la fundamentación de las sentencias.

Desde el punto de vista social, el juicio contra estos integrantes de la CAM era muy esperado, especialmente por las personas que ha-

² A modo de ejemplo, C. de Ap. de Santiago, 23 de agosto de 2005 y 24 de agosto del mismo año, ambas publicadas en *Revista Procesal Penal*, N° 38, pp. 52-56 y 63-65.

³ Sobre la reforma procesal penal, entre otros, OTERO LATHROP, Miguel, *El ministerio público*, LexisNexis, 2002; MEDINA JARA, Rodrigo, MORALES PALACIOS, Luis, *Manual de derecho procesal penal*, Valparaíso: Libromar Ltda., 2001; RIEGO, Cristian, DUCE, Mauricio, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Santiago: UDP, 2002; PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código Procesal Anotado y Concordado*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001; HORVITZ, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001 y 2004; CAROCCA PÉREZ, Alex, Santiago: LexisNexis, 2002; TAVOLARI OLIVEROS, *Instituciones del nuevo proceso penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

bían sido víctima de la violencia desatada durante los últimos años en La Araucanía.

En virtud de esta sentencia anulatoria se debió iniciar un nuevo juicio oral, por el mismo tipo penal de asociación ilícita terrorista. A diferencia del primer proceso (aquí analizado), el segundo pronunciamiento terminó con una sentencia de condena en contra de varios de los acusados.

Sin perjuicio de otros interesantes asuntos que se podrían analizar de esta sentencia de la Corte Suprema, circunscribiremos nuestro comentario a las cuestiones procesales que surgen de la doctrina contenida en los dos considerandos que pasamos a transcribir:

“Duodécimo: Que, la causal de nulidad de la sentencia impugnada contemplada en el artículo 374 letra e) se refiere a que “en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)” del Código Procesal Penal”.

En este caso, la impugnación apunta a que la contravención se habría cometido respecto de la letra c) de dicho precepto en relación con el artículo 297, pero el Ministerio Público y el Ministerio del Interior agregan además, la letra d) del mismo art. 342.

Dice el artículo 342 en sus letras c) y d):

“Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva contendrá:

c.- La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaran dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297.

d.- Las razones legales o doctrinales que sirvieron para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo.

Por su parte, el artículo 297 dispone:

“Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.

“El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiese desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo”.

“La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta

fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

Decimotercero: Que, el punto ya ha sido resuelto por este tribunal en sentencias de 12 mayo y 2 de julio de 2003, y así, dice esta última que se desprende de la simple enunciación de las normas transcritas en el considerando anterior ‘que la nueva legislación procesal penal ha sido especialmente exigente en orden a imponer a los jueces que conocen y resuelven en definitiva en juicio oral un trabajo de elaboración meticuloso y cuidadoso en la concepción de sus sentencias. La preocupación esencial de toda sentencia penal de fijar los hechos y circunstancias que se tuvieran por probadas, favorables o desfavorables al acusado, debe ir precedida de la debida valoración que impone el artículo 297. Esta norma, si bien es cierto ha facultado a los tribunales para apreciar la prueba con libertad en abierta y franca discrepancia con el sistema probatorio tasado del sistema inquisitivo, lo ha hecho en el entendido que los tribunales no pueden en modo alguno, como primera limitante, contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; y luego exige que para hacer esa valoración el tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba producida, incluso la desestimada, con señalamiento de los medios de prueba, únicos o plurales, por los cuales se dieren por probados cada uno de los hechos y circunstancias atinentes a la litis’”.

II. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

Simplificado en su esencia, el proceso penal es un mecanismo de comprobación que busca verificar si un hecho tipificado por la ley como delito ocurrió en la realidad⁴. El proceso penal es, básicamente, un instrumento de reconstrucción de una verdad por inferencia deductiva, que busca sancionar conductas exteriorizadas y consumadas en un determinado momento. El resultado final de este mecanismo de indagación es *la sentencia penal*, acto jurídico al que se debe llegar necesariamente pasando previamente por un procedimiento de verificación reglado por la ley⁵.

Los considerandos antes transcritos ponen de relieve que el pronunciamiento de la sentencia penal debe estar investida siempre de una

⁴ Sobre el tema, ORTELLS RAMOS, Manuel, “Criterios básicos para la ordenación de un proceso penal”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 201, LXV, enero- junio, 1997.

⁵ Sobre los sistemas de comprobación y su evolución, FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa, 2ª ed. 2003.

serie de garantías formales y materiales, que se traducen en cuestiones bien concretas:

- 1º) La sentencia condenatoria deben sustentarse en elementos de prueba que tengan el mérito de destruir la presunción de inocencia. La prueba aportada por el acusador debe ser concluyente, ya que en caso de duda razonable el juzgador está obligado a absolver al imputado; la sentencia no se puede fundar en prueba ilegal, ilícita o en medios de convicción prohibidos por ley⁶;
- 2º) La ponderación de la prueba debe ser cabal; el sentenciador tiene la obligación de exponer en su fallo las razones que le llevan a prescindir de los medios de convicción aportados al juicio, so pena de nulidad.
- 3º) La sentencia debe ser fundamentada, guardando una estricta congruencia entre la acusación y la parte resolutive.
- 4º) En el plano sustantivo, los tipos penales solo pueden estar creados por una ley (art. 19 N° 3 de la CPE, en relación a los artículos 1 y 18 del Código Penal), en virtud del principio *nulla poena et nullum crimen sine lege*.

El criterio de esta sentencia de la Corte Suprema resulta loable, ya que fortalece la observancia de las garantías procesales en el pronunciamiento de la sentencia penal, que es el acto procesal con mayor connotación en la esfera de los derechos esenciales de las personas.

Con esta doctrina jurisprudencial se logra hacer realidad para la práctica forense lo que en teoría constituye una verdadera *communis opinio* sobre los fines de la motivación de la sentencia penal, a saber:

⁶ La declaración de nulidad a que se puede someter la prueba, por ilícita o ilegal, demuestra que la alteración de la carga de la prueba que produce el principio de inocencia, impone a los órganos de persecución severos límites de actuación. El imputado no solo está liberado de probar nada, pues goza de una situación jurídica que debe ser destruida (su inocencia), sino que, además, la prueba que se quiere utilizar para destruir la presunción de inocencia debe ser lícita y producida legalmente. Si se infringe este límite, el imputado deberá seguir siendo considerado como inocente, y por lo tanto debe ser absuelto.

Con todo, el principio general antes esbozado suscita fuertes controversias. El debate clásico que promueve esta temática discurre sobre un dilema complejo, a saber: si frente a una prueba viciada en su producción priman los derechos del ciudadano o el interés social en la persecución y castigo del culpable.

Una exposición del tema, con referencia a la doctrina nacional y extranjera, MAS-SONI, Mario, *La prueba ilícita en el proceso penal*, Santiago: Editorial Metropolitana, 2005, ZAPATA GARCÍA, María Francisca, *La Prueba Ilícita*, LexisNexis, 2004.

- i) Que ella garantice la naturaleza cognocitiva y no potestativa del juicio penal, esto es, que sea efectivamente la ley la que establezca la sanción y no la voluntad del juez; y
- ii) Que el contenido de la sentencia permita controlar el apego a la estricta legalidad del fallo y de la recta ponderación de la prueba, como base de toda imputación penal.

Dicho de otra forma, la sentencia condenatoria penal debe pronunciarse dentro de un marco de máxima certeza y seguridad, evitando que algún inocente sea castigado por un delito que no cometió.

Entre la fundamentación del fallo y el principio de inocencia se constata una relación indivisible, ya que la sentencia penal tiene el mérito de poder romper, legítimamente, el principio de inocencia.

La motivación de las decisiones judiciales, de un modo general, se apunta como un logro de la Revolución Francesa, concretamente en la ley de 16-24 de agosto de 1790. Esta ley obligó a motivar todas las sentencias civiles, penales, de todos los jueces y tribunales. “El deseo de proteger la literalidad de la ley de la interpretación que de la misma se hiciera por jueces y tribunales animó a que los legisladores franceses impusieran, primero, la obligación de motivar todas sus decisiones, y, segundo, intentaran asegurar el edificio de la legalidad creando un Tribunal de Casación vinculado al legislativo”⁷. Esta obligación de motivar la sentencia sería recogida luego por los códigos napoleónicos, y su omisión sería sancionada con la nulidad por una ley de 1810.

En su esencia, esta idea de los Ilustrados, positivada en los textos antes indicados, descansa sobre la premisa de una absoluta correspondencia entre las premisas legales y los hechos concretos, siendo la decisión del juez solo una aplicación mecánica de la ley. Toda esta concepción vendría acompañada con otras ideas que reforzarán este ideal legalista, a saber: que la ley era la única fuente del derecho, y por lo mismo se prohibía a los jueces interpretar la ley, ya que en esta actividad el juez se convertía en legislador⁸.

⁷ GARRIGA, Carlos, LLORENTE, Marta, “El juez y la Ley: La motivación de las sentencias”, en *Anuario Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, p. 130.

⁸ Sobre el origen de esta garantía en nuestro derecho cfr. HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, “Contribución al estudio del principio de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1982, pp. 131-173; MERELLO ARECCO, Italo, “La ley mariana de fundamentación de sentencias frente a la clemencia judicial en materia penal”, en la misma publicación, 1983, pp. 71-98.

A la Escuela Clásica del derecho penal se le reconoce el logro de haber instado, exitosamente, por establecer los límites en el juzgamiento penal, defendiendo la estricta observancia del principio de la legalidad.

Es pertinente recordar que el mismo Cesare Beccaria (1738-1794), explicaría la función jurisdiccional como una operación mecánica, que debe lograr el silogismo perfecto, donde la premisa mayor es la ley general, la premisa menor la acción conforme o contra la ley, de la que se inferirá por consecuencia la pena o la absolución. En su conclusión a lo que sería considerada como la obra maestra de la literatura del iluminismo italiano, *Dei delitti e delle pene*, expone: “de todo cuanto se ha visto hasta aquí puede extraerse un teorema general muy útil, pero poco conforme con el uso, legislador más frecuente de las naciones: *Para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser esencialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes*”⁹. Toda esta concepción venía acompañada con otras ideas que, en general, se orientan a reforzar que en el campo penal la ley era la única fuente del derecho¹⁰.

El nivel de exigencia que esta sentencia de la Corte Suprema le impone al juzgador penal, reiterando una doctrina sentada con anterioridad sobre el mismo tema (sentencias de 12 de mayo y 2 de julio de 2003), reflejan una mayor sensibilidad para proceder al desarrollo jurisprudencial de las prerrogativas procesales que dan vida a la garantía constitucional del debido proceso¹¹.

⁹ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, B. Aires: Ediciones Orbis, tr. Francisco Tomás y Valiente, 1984, p.115.

¹⁰ Una exposición sobre la práctica de los tribunales antes de la codificación en BRAHM GARCÍA, Enrique, “¿Jurisprudencia creativa? (La Corte Suprema de Justicia 1841-1860)”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, N° 16, 1990-91.

¹¹ Contrasta fuertemente esta doctrina con la que se contiene en el fallo de la Corte Suprema, 30 de octubre de 2002 (“Corpesca S.A. con Servicio de Salud de Antofagasta”). Según nuestro máximo tribunal, resultaría técnicamente inapropiado fundar un recurso en el fondo en normas de Constitución Política de la República, puesto que tales disposiciones se limitan consagrar derechos, garantías o principios básicos y fundamentales, cuando ellos tienen la debida protección en normas de rango inferior, esto es, en normas de ley, entendida esta en la forma como la define el artículo 1° del Código Civil. En la especie, si existe una numerosa normativa procesal que consagra y hace efectivo el debido proceso, no es factible invocar la garantía constitucional por la vía del recurso de casación en el fondo. (RDJ, t. XCIX, sec. 1ª, pp. 274-279).

III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO BASE DEL SISTEMA

Otro aspecto a destacar de esta sentencia es el límite que surge en torno a la aplicación de la presunción de inocencia.

Conforme a la doctrina del fallo, los jueces no son soberanos para dictar una sentencia absolutoria partiendo de la aplicación automática de la presunción de inocencia; por el contrario, su deber es fundamentar ponderando exhaustivamente la prueba aportada al proceso, y una vez agotada esa actividad lógica, concluir si se mantiene o no para el imputado la presunción de inocencia.

Como se sabe, la llamada “presunción de inocencia” no tiene una denominación común en la doctrina procesal. Indistintamente se alude a “presunción de inocencia”, “principio de inocencia”, o para otros, del “*principio del favor rei*”. A esa falta de unidad terminológica debemos agregar la multiplicidad de alcances que le otorgan los autores. Para algunos la presunción de inocencia es un principio político del proceso penal. Para otros conforma un principio probatorio, en virtud del cual se produce una alteración del *onus probandi*. También se le asigna el rol de garantía para un tratamiento al inculcado en el proceso penal, restringiendo su campo al de regla de interpretación procesal, tal como se desprende de los artículos 4 y 5 del Código procesal Penal.

Es indudable que el proceso penal en un sistema democrático debe tener como pilar fundamental la inocencia del imputado, ya que de no ser así la garantía de la libertad personal del ciudadano frente a toda intervención arbitraria del Estado sería ilusoria.

Desde el punto de vista de la alteración de la carga de la prueba, el contenido, la presunción de inocencia significa que el imputado no tiene el deber de probar nada, pues goza de una situación jurídica que no requiere ser construida, sino que debe ser destruida; si no se le prueba su culpabilidad seguirá siendo inocente, y por lo tanto deberá ser absuelto. Por lo mismo, la destrucción de la presunción de inocencia debe quedar expuesta en la fundamentación del fallo, tal como perentoriamente lo exige esta doctrina de la Corte Suprema.

Sin embargo, todo el contenido sustancial asignado por la doctrina y la legislación al principio de inocencia, en ningún caso puede implicar que este valioso principio se convierta en un instrumento para la arbitrariedad judicial, con el objeto de favorecer indebidamente la situación del imputado. Por el contrario, esta doctrina de la Corte Suprema

clarifica que uno de los mayores agravios de una sentencia penal es que su fundamentación no tenga la entidad para destruir o mantener la vigencia del principio de inocencia. Si se infringe este límite, en la práctica no se está respetando el principio de igualdad que informa al proceso penal acusatorio, ya que por un defecto formal se priva a las partes de poder controlar que la decisión del conflicto se ajuste rigurosamente a la realidad probada en la causa, convirtiendo a la decisión final en el fruto amargo del capricho del sentenciador.

Dicho de otra forma: Si el juzgador no logra justificar su decisión de condena o de absolución en la motivación, estaremos frente a una declaración formal de culpabilidad o de absolución, que deberá ser revocada o anulada para garantizar los derechos fundamentales del imputado o de la parte acusadora.

En el plano de las declaraciones generales, una regla elemental e indiscutida es que la duda siempre favorece al imputado; dicho de otra forma: en caso de incertidumbre probatoria, esta favorece siempre al imputado, en virtud del principio *in dubio pro reo*¹².

Sin embargo, la situación anterior solo podrá ser aplicada en beneficio del imputado cuando el fallo contenga una adecuada fundamentación y exhaustiva ponderación de la prueba; sostener lo contrario daría margen para que se pudiera generar artificialmente situaciones de duda probatoria, con el único propósito de invocar la aplicación de los principios que resuelven la duda a favor de una determinada parte¹³.

¹² Entre tantos, CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el Proceso Penal*, B. Aires: Depalma, 1986, p. 11.

¹³ En el proceso civil, el más que centenario Código de Procedimiento Civil establece en el artículo 428 del que “entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme a la verdad”. En materia de salud pública la duda o incertidumbre cuenta con el “principio de no maleficencia”. En virtud de esta regla, un organismo de salud pública y todo profesional de la salud está obligado a abstenerse de realizar un procedimiento que puede involucrar un perjuicio para alguien; en este campo basta que se constate la peligrosidad de un producto, para suspender la aplicación de sus efectos. En el campo de la farmacología no es lícito esgrimir las dudas sobre los efectos de un producto para admitir su entrega, distribución o venta, especialmente cuando las consecuencias del fármaco pueden ser letales o nocivas para la salud pública. Lo anterior explica el alto nivel de exigencia que se contiene en el art. 24 del Decreto 1.876 de 1995. En dicho precepto se establece: “Para dar a conocer un producto farmacéutico, alimento de uso médico, cuando corresponda o cosmético, no se podrán emplear términos, expresiones, gráficos u otros que contraríen la verdad científica e induzcan a equivocación o engaño, como tampoco expresiones no comprobadas respecto a las propiedades o efectos del producto”. // “En el caso de productos farmacéuticos, de alimento de uso médico, cuando corresponda y cosméticos especiales en los folletos de información al profesional, si los hubiere se incluirán los efectos colaterales, los peligros y limitaciones de su empleo deberán consignarse en forma precisa y completa, indicándose las precauciones para prevenirlos y la forma de tratar los accidentes que provoquen su uso o aplicación indebidas”.

En la interpretación de la duda probatoria no debe olvidarse que en materia de derechos humanos rige el denominado “*principio pro-homine*”. Esta máxima ha sido utilizada de manera reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (por ejemplo Opinión Consultiva 5/1985), la que además ha sostenido clara y firmemente la necesidad de que los preceptos sobre derechos humanos plasmados en los tratados internacionales sobre la materia, sean entendidos e interpretados en función de la protección de los derechos esenciales que emanan de la dignidad humana (por ejemplo Opinión Consultiva 2/82).

En suma, esta sentencia clarifica adecuadamente que un tema es el contenido del principio de inocencia, y otra, muy distinta, es la fundamentación del fallo.

IV. LOGROS DE ESTA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El deber de fundamentar adecuadamente la sentencia, exponiendo también las razones que los sentenciadores tienen para no considerar la prueba de la acusación, implica una profundización en el contenido del principio de igualdad procesal.

Para entender este logro conviene recordar que el antiguo proceso penal chileno, como fiel exponente del modelo inquisitivo, fue incapaz de garantizar a las partes la igualdad de derechos.

Desde la Escuela de Bolonia en adelante, se entiende que existe un proceso o juicio cada vez que estemos en presencia de tres elementos. El juicio, decía Bulgaro (1100-1166): *est actus trium personarum*. O sea hay dos partes que frente a un tercero imparcial comparecen en condiciones de igualdad y en actitud de contradicción.

En el Código de Procedimiento Penal, al asumir el juez frente al imputado las funciones de investigar y juzgar, se generaba una situación de manifiesta desigualdad, al punto de no existir allí un auténtico proceso.

En cambio, en el sistema acusatorio, al constatarse la presencia de un juez y de dos partes: el imputado y el Ministerio Público, efectivamente se está en presencia de un auténtico proceso¹⁴, que permi-

¹⁴ MONTERO AROCA, Juan, “La garantía procesal penal y el principio acusatorio”, en *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona: J.M. Bosch, 1996, pp. 581-600.

te que los sentenciadores cumplan con la función distintiva de un juez: *ser un tercero imparcial en la aplicación del derecho*.

Sin embargo, para que exista efectivamente el principio de igualdad no basta con garantizar una serie de cuestiones orgánicas (el derecho al juez natural, imparcial e independiente; y una estricta separación de las funciones de investigar y juzgar), sino que resulta imprescindible que ello venga acompañado de medidas que funcionalmente permitan el debido proceso, tales como, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la defensa técnica, la publicidad y debida contradicción entre las partes, la congruencia entre la acusación y la sentencia, y por cierto, que el sistema de ponderación de la prueba no se utilice beneficiando arbitrariamente una de las partes.

Conforme al contenido de esta sentencia, la superación del sistema de prueba legal no significa en el campo penal –ni en ningún otro– que los sentenciadores cuenten con una facultad de apreciación discrecional ilimitada. Por el contrario, el art. 297 del Código Procesal Penal establece que la actividad de estos sentenciadores está sujeta a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicamente afianzados¹⁵.

Para que se pueda controlar, de manera efectiva, el recto ejercicio de la facultad de libre apreciación el único medio que tienen las partes es que los jueces procedan a una fundamentar correctamente la sentencia.

Con esta doctrina, reiterada por la Corte Suprema en este caso del 2005, debería quedar claro que la mayor amplitud en la apreciación de la prueba que ha introducido el Código Procesal Penal no libera nunca al juez de exponer las razones para dar por acreditados o no acreditados los hechos, ya que de no hacerlo dejaría a la sentencia sin la debida fundamentación, y por ende, en situación de ser anulada¹⁶.

¹⁵ Una explicación sobre este tema, TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid: Editorial Trotta, 2002, pp. 420-435. VV. AA (Coloma, Medina Méndez, Núñez, Tarufo, Díaz, Dannecker), *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Santiago: LexisNexis, 2003.

¹⁶ En todo caso, este límite no es privativo de proceso penal. En materia laboral la propia Corte Suprema había tenido oportunidad de señalarlo en la siguiente declaración: “5°. Que los elementos probatorios deben apreciarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica, labor que importa consignar los fundamentos de la valoración individual y comparativa de los medios de prueba acompañados a la causa, dejando establecidas las razones que llevaron a los sentenciadores a sentar los hechos que sirven de base al litigio, es decir, deben exponer con toda claridad los fundamentos que en su convicción los llevan a asignarle valor a una prueba en desmedro de las otras”. “6°. Que en las condiciones antes expuestas es evidente que la conclusión a que arriba la sentencia, se produjo porque los jueces no ponderaron ni valoraron la

Por otra parte, conviene recordar que el antiguo proceso penal chileno, como fiel exponente del modelo inquisitivo, fue incapaz de garantizar –con el celo que revela el fallo en comento– un nexo tan directo entre fundamentación penal y ponderación de la prueba.

El modelo inquisitivo, en relación a la producción de la prueba permitía el ejercicio de un amplio poder de discreción por parte del juez, al punto que no formaban parte de su acervo de garantías mecanismos o instrumentos que apuntaran directamente a declarar la ilicitud o ilegalidad de la prueba. La causal de casación en el fondo, relativa a las infracciones de las leyes reguladoras de la prueba, se agotó en un análisis formalista, sin admitir como hipótesis que pudiera darse la producción de una prueba ilícita o ilegal (en sentido lato).

Es manifiesto que la jurisprudencia del sistema inquisitivo estaba muy lejos de controlar que la producción de la prueba fuera considerada como una garantía fundamental, salvo situaciones de excepción. En la práctica, el estándar mínimo no pasaba de observar algunas formalidades básicas para canonizar a todo el material de cargo reunido en un expediente criminal.

Desde otro punto de vista, la acumulación de las funciones de investigar y juzgar en manos de una sola persona hacía improbable que el mismo juez instructor admitiera que en su actividad investigadora pudiera realizar una conducta que viciara, en su esencia, la prueba. El poder de producción probatoria del instructor frente al inculpado era prácticamente incontrarrestable. La premisa política que inspiraba al sistema inquisitivo, pregonando que todo delito debía recibir sanción, nunca quiso hacer suya –con la fuerza que era necesaria– la máxima acuñada por la jurisprudencia alemana y que inspira al nuevo proceso penal, a saber: *que la verdad a cualquier precio no es un presupuesto del proceso penal*.

En cambio, con el modelo acusatorio que se viene imponiendo es manifiesto que toda la actividad de producción y ponderación de la prueba tiene relevancia. En el caso de los jueces, como lo ha señalado la Corte Suprema, tienen la obligación de analizar en la sentencia todo el material de convicción aportado al proceso, dando cuenta de esta actividad en la fundamentación de la

integridad de la prueba y de esta forma el fallo carece a la vez, por omisión, de las consideraciones de hecho y de derecho que le sirven de fundamento”(CS. 6 de noviembre de 2002, RDJ, t. XCIX, sec. 3ª, p. 229).

sentencia. Para los abogados, es visible que una de las actividades profesionales más relevantes del nuevo modelo es su deber de controlar la producción de la prueba, debiendo reflejarse esta actuación en el fallo.

Por lo anterior, es imperioso reconocer que el derecho de defensa no estaría asegurado para los intervinientes, si los jueces no respetaran el límite básico que proviene del deber de ponderar toda la prueba aportada al juicio.

V. EL RETORNO AL “JUICIO” COMO LA MÁS AUTÉNTICA GARANTÍA PROCESAL

Otro aspecto que nos interesa destacar de esta sentencia es la potenciación “del juicio” como garantía procesal.

Para que se entienda este punto conviene centrar el contexto técnico en el que se ejerce la facultad anulatoria de la Corte Suprema o de las Cortes de Apelaciones, al conocer del recurso de nulidad del Código Procesal Penal.

Una de las consecuencias de la introducción de la oralidad, como forma procesal predominante en el proceso penal, ha implicado una atenuación radical del principio de la doble instancia, y con ello, la reducción considerable de la potestad de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones para que puedan dar “la última palabra” en los temas penales.

Según el Mensaje del Código Procesal Penal, esta opción técnica se justifica por lo siguiente: *“La vigencia de un sistema oral requiere que el fundamento fáctico de la sentencia provenga de la apreciación directa de las pruebas que los jueces obtienen en el juicio. En consecuencia, su revisión por parte de jueces que no han asistido al juicio y que toman conocimiento de él por medio de actas, lo priva de su centralidad confiriéndosela, en cambio, a la tramitación del recurso de apelación”. //* *“Precisamente, con el fin de mantener el principio de la centralidad del juicio oral, se propone que este sea conocido por un tribunal colegiado de tres miembros. Con ello se obtiene que como regla general la sentencia sea objeto de una decisión colectiva, minimizándose la posibilidad de errores”.*

Todo lo anterior explica la fisonomía que tiene el recurso de nulidad regulado en el Código Procesal penal, que es el principal

mecanismo para la impugnación del juicio oral o de la sentencia que allí se pronuncie (art. 372 CPP)¹⁷.

En lo concreto, si el tribunal oral en lo penal se forma convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral (art. 340 CPP), es natural que el órgano judicial que conoce del recurso de nulidad no pueda juzgar sobre los hechos, ya que ellos no los ha percibido directamente, debiendo limitar su actuación exclusivamente a resolver sobre la base de los hechos de la forma como le vienen dados por la sentencia.

A partir de la anterior premisa técnica se entiende la revelancia que tiene fundamentar exhaustivamente la sentencia, como un pilar esencial del debido proceso penal¹⁸. En efecto, solo si la sentencia del tribunal oral en lo penal se ha dictado respetando las garantías formales, en especial su fundamentación, se podrá entrar a examinar los otros motivos de nulidad del fallo, fundados en los errores de fondo de la decisión.

En todo caso, *el retorno al juicio* opera en condiciones de igualdad para ambas partes, permitiendo obtener una respuesta distinta a la del primer proceso, que por la declaración de nulidad desaparece de la vida jurídica.

A este respecto conviene hacer referencia que la falta de fundamentación de la sentencia (por omisión de antecedentes probatorios), ha permitido anular con anterioridad dos relevantes juicios orales, que son citados como precedentes en este fallo que se analiza.

Un primer caso surgió en relación al homicidio de una religiosa en La Serena. El Tribunal Oral en lo Penal de La Serena condenó a 20 años de presidio perpetuo simple a don Carlos Vivanco y a 10 años de reclusión, sin derecho a beneficio, a don Armando Tapia por el asesinato de la religiosa peruana, doña Lita Castillo¹⁹ y los homicidios frustrados de otras diez religiosas, pertenecientes a la Congregación de las Hermanas Dominicas. En sentencia de 12 de mayo de 2003, citada como procedente en el fallo que se analiza, la Corte Suprema anuló el primer juicio oral, ordenando su repeti-

¹⁷ Sobre este medio de impugnación, entre otros, ROJAS, Mario, "El recurso de nulidad en el CPP", en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 6 julio 2002.

¹⁸ Entre otros, OBERG, Héctor, "El proceso penal oral y el debido proceso", en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 3 enero 2001.

¹⁹ Rol 62-2002, Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de La Serena. *Gaceta Jurídica* N° 273, 2003.

ción. Al conocer de este caso por segunda vez, la Tercera Sala Penal del tribunal Oral de La Serena declaró nuevamente culpables del delito de homicidio simple a don Carlos Vivanco Fuentes y don Armando Tapia Álvarez. Sin embargo, el primero de ellos fue declarado inimputable, mejorando ostensiblemente su situación procesal en relación al primer juicio, al haberse ponderado en la repetición del proceso peritajes que no fueron considerados en el primer juicio oral.

En el caso del 2 de julio de 2003, también referido en la sentencia de 6 de abril de 2005, la Sala Penal de la Corte Suprema acogió el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia del Tribunal Oral de Algol, que en decisión de 14 de abril de 2003 había absuelto a don Pascual Pichón, don Aniceto Norin y a doña Patricia Troncoso. El recurso de nulidad fue presentado por el querellante Juan Agustín Figueroa, el Fiscal Adjunto del Ministerio Público de Traiguén, Raul Bustos, y el abogado Jorge Fuentealba en representación de la Intendencia Regional de La Araucanía y la Gobernación de Malleco. Este caso fue el primer juicio oral del nuevo sistema procesal penal aplicando la ley antiterrorista. El juicio oral anulado duró doce días, y terminó con la absolución de acusados. Según la sentencia original, la Fiscalía no habría logrado acreditar la participación de los acusados.

VI. FUNDAMENTACIÓN Y COSA JUZGADA PENAL

En relación a la inobservancia de la garantía de fundamentar la sentencia, es obligatorio reflexionar sobre las consecuencias que su omisión produce en relación con la cosa juzgada penal.

En lo concreto, cuando los jueces no cumplen con sus obligaciones, cometiendo errores formales como el que se relata en el fallo que comentamos, su actuación pone en juego uno de los pilares que inspiran al Código Procesal Penal, en orden a limitar la persecución penal. Recordemos que la Corte Suprema, al anular la sentencia de 9 de noviembre de 2004, ordenó la realización de un nuevo juicio oral el que concluyó por condenar a los antes habían sido absueltos.

Para sopesar debidamente lo anterior, reseñemos el contenido de la cosa juzgada penal en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal.

Un principio elemental de todo ordenamiento ordenamiento jurídico, que se precie de respetar la dignidad de las personas, es el del *non bis*

in idem (no dos veces en lo mismo). Se trata de una regla legada por el derecho romano, y que se utiliza habitualmente para aludir a la consumición o agotamiento del derecho de acción, tanto civil, penal como administrativa. Según Mommsen, su origen estaría en la *lex Acilia repetundarum*, del 123-122 a. C. En la Edad Media su formulación se encuentra en la *Glossa Ordinaria ad Decretum Gratianni*²⁰.

En el derecho moderno, la utilización de este principio se da en distintos campos, con el objeto de evitar o impedir volver a repetir un juicio o actuación sobre algo que ya fue conocido con anterioridad. Con la aplicación de este principio lo que se pretende es dar seguridad jurídica a las personas.

La inspiración garantista del nuevo modelo de enjuiciamiento quedaría frustrada en su intento de limitar el *ius puniendi*, si el inculpado no contara con el reconocimiento del principio del *non bis in idem*.

Lo normal es que el efecto de cosa juzgada provenga del pronunciamiento de ciertas resoluciones judiciales, que impiden la repetición de un proceso, y por ende, de una nueva condena penal por los mismos hechos que ya fueron juzgados con anterioridad. La base legal de esta manifestación del principio se encuentra en el art. 1 inc. 2º CPP, en relación a los artículos 250 letra f) CPP (sobresimiento definitivo, y 374 del CPP (la cosa juzgada como causal de nulidad absoluta). Asimismo, para nuestro Código Penal, una causal de extinción de la responsabilidad penal, en el artículo 93 N° 2, el cumplimiento de la condena, causal que implícitamente incluye a la institución de la cosa juzgada.

Para determinar la existencia de la norma de clausura anterior no se atiende a una triple identidad, como ocurre con la cosa juzgada en el proceso civil. En el proceso penal no hay triple identidad, ya que la determinación de la *res judicata* se satisface exclusivamente en fijar *si es el mismo hecho el que quiere ser juzgado nuevamente*, sin importar si la acción penal la ejerció con anterioridad el MP o el querellante²¹.

²⁰ MOMMSEN, *Romisches Strafrecht*, Leipzig 199, pp. 708-709, citado por DOMINGO, Rafael, *Reglas Jurídicas y Aforismos*, Pamplona, Aranzadi, 2000, N° 427, p. 92. Otros alcances jurídicos de esta regla, cfr. CANO CAMPOS, Tomás, "*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derechos administrativo sancionador", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, 2001, pp. 191-249.

²¹ En el campo penal la determinación de la cosa juzgada presenta algunas diferencias con el proceso civil, que son explicable por el distinto contenido que tiene el derecho de acción en el campo procesal y civil. Sin perjuicio de otras diferencias, la más evidente es que la cosa juzgada civil se determina utilizando la triple identidad, a la luz de las exigencias del artículo 177 del CPC. La triple identidad es una

Conjuntamente con lo anterior, el principio de *non bis in idem* tiene otras proyecciones en el nuevo proceso penal, que permiten clausurar la persecución penal sin que técnicamente se hubiera dado el juzgamiento de una acción penal. Dentro de los casos más claros de esta opción técnica en el CPP está la regulación de los efectos de la nulidad. En este punto es elocuente lo que dispone el inc. 3° del artículo 165, cuando señala: “...la declaración de la nulidad no podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, a pretexto de repetición del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, salvo en los casos en que ello correspondiere de acuerdo con las normas del recurso de nulidad”.

En lo concreto, si durante la audiencia de preparación del juicio oral se declara la nulidad de actuaciones judiciales realizadas durante la etapa de investigación, el tribunal no podrá ordenar la reapertura de esta. Asimismo, las nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la audiencia de preparación del juicio oral. En este caso, es notorio que la desviación en las formas favorece al imputado, impidiendo repetir el acto o retrotraer el tema en su perjuicio.

En esta proyección del *non bis in idem* no hay una resolución judicial. Cuando el artículo 165 prohíbe la repetición de actuaciones declaradas nulas, en el fondo, lo que hace es proscribir la arbitrariedad. El Estado no puede aprovecharse de su propia torpeza. Si el órgano de persecución penal infringe la legalidad, este debe soportar las consecuencias de su actuación.

El mismo principio de favorecer la clausura informa otras soluciones adoptadas por el Código Procesal Penal: a) El inc. 2° del artículo 334 del CPP, que prohíbe incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieran cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vul-

categoría susceptible de ser utilizada solo en el ámbito del proceso civil, ya que en el proceso penal no se da esta triple identidad. Efectivamente, como lo destaca la sentencia de la Corte Suprema de 30 de mayo de 1995, los dos elementos relevantes que constituyen la médula de la decisión que el juez penal debe efectuar en la sentencia son *el hecho que constituye el delito y la persona a que se atribuye su ejecución o se le imputa participación en él*. (CS. 30 de mayo de 1995, RDJ, t. 92, sec. 4ª p. 70 ss). Esta sentencia contiene una completa síntesis del concepto de cosa juzgada en el ámbito del proceso penal y sus diferencias con el proceso civil. En doctrina sobre el tema, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La Cosa Juzgada Penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

nerado garantías fundamentales; b) El art. 240, en relación a la suspensión del procedimiento que no hubiere sido revocada determina un sobreseimiento definitivo, que extingue la acción penal, sin que nunca se haya dictado un pronunciamiento sobre el fondo del delito materia de esta salida alternativa; c) La falta de corrección de la acusación por el MP como causal de sobreseimiento definitivo (art. 270 CPP).

La única nota disonante en esta proyección del *non bis idem* que venimos reseñando proviene del denominado acto de no perseverar del MP. Esta situación, conforme al art. 248 letra c) del CPP se da cuando practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal cierra la investigación comunicando que no perseverará en el procedimiento, por no haber reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación. Esta hipótesis rompe con la regla anterior de un modo radical²². En el caso que el Ministerio Público comunique esta decisión, al cierre de la investigación, no hay resolución judicial alguna que ponga fin a la persecución penal, ya que se trata de un acto emanado de un órgano que conforme a su propia ley orgánica no ejerce funciones jurisdiccionales (art. 1° LOCMP).

Para advertir la gravedad que revisten los errores formales en el pronunciamiento de la sentencia en el sistema acusatorio, conviene recordar que establecía el modelo inquisitivo sobre el *non bis idem*.

Como se sabe, el proceso penal chileno, fraguado a fines del siglo XIX, fue un fiel exponente del modelo inquisitivo. Según lo reconoce el propio Mensaje del Código de Procedimiento Penal, desde su origen, este cuerpo legal quedó privado de las reglas que la doctrina procesal de ese momento proclamaba como un proceso penal moderno. Al momento de producirse la codificación procesal penal los modelos más influyentes provenían de Francia, específicamente, del Código de Instrucción criminal, de 1808; el peso de este modelo en

²² En una lógica que escapa claramente a la inspiración de tratar de clausurar el proceso, la actual regulación de la facultad de no perseverar debilita el principio de inocencia, que es la base del modelo acusatorio. Para la situación de todo imputado, resulta desproporcionado que se permita reanudar la investigación penal, por los mismos hechos que ya fueron materia de una formalización. Si el Ministerio Público, no pudo formular su acusación en el periodo previsto para la investigación, el principio de la inocencia debería llevar a impedir una nueva persecución penal.

los países continentales estaba asegurada por el culto o la idolatría que, en aquel minuto, se sentía por todo los productos surgidos de la codificación gala. El otro modelo sería el acusatorio, proveniente del *common law*²³.

Para el tema que nos ocupa, la aceptación del modelo inquisitivo tendría una repercusión directa en el comportamiento del *non bis in idem*, especialmente, en lo que respecta a la posibilidad de clausura o cierre de la persecución penal.

El antiguo proceso permitiría el ejercicio del *ius puniendi* con una intensidad tal que las posibilidades de cerrar la persecución quedaban reducidas prácticamente a la aplicación de las causales de extinción de la acción penal o de sobreseimiento definitivo. Esta situación es explicable dentro de la lógica u objetivo de ese proceso penal, que era aplicar una pena al que quebrantare el orden jurídico.

Desde el punto de vista humano, la lejanía del cierre o clausura de la persecución criminal, venía en muchos casos precedido de un auténtico drama para el imputado, ya que debía soportar en algunos casos un auténtico encarnizamiento en su contra. El juez del proceso penal inquisitivo, dependiendo del delito investigado, podía mantener vigente la investigación durante varios lustros, al extremo que el sumario se podía reabrir ilimitadamente, como se comprueba hoy día con una simple lectura de la prensa. Todo inculpado sabía cuando se comenzaba la etapa de sumario, pero nunca cuándo terminaría, salvo los casos de excepción donde la duración de la investigación la fijaba la ley.

En nuestro proceso inquisitivo la ausencia de un plazo para concluir la investigación fue visto como algo natural, al convertirse el sobreseimiento temporal, por la causales del artículo 409 N^{os} 1 y 2 del Código de Procedimiento Penal, en una frágil norma de cierre de la persecución criminal.

A la luz del contraste que proviene de comparar los modelos antes descritos, queremos insistir en la gravedad que reviste para el principio del *non bis in idem* que por errores formales se permita repetir el juicio oral²⁴. Es cierto que el *retorno al juicio* debe mirarse como

²³ Una explicación de la evolución de los sistemas procesales, AMODIO, Ennio, *Proceso penale diritto europeo e common law*, Milan: Giuffrè, 2003.

²⁴ Una explicación del tema, MILITELLO, Sergio, "La reformatio in peius versus el reenvío al juicio", en *Revista Procesal Penal*, N^o 38, 2005, pp. 29-37.

una garantía, pero no es menos cierto que la cosa juzgada es una institución de mayor entidad, sobre todo en el nuevo sistema criminal, ha optado en su artículo 1º por sentar como primer principio del sistema criminal el del juicio previo y única persecución.

VII. UNA NECESARIA Y OBLIGATORIA COMPARACIÓN

La doctrina contenida en esta sentencia obliga a hacer una comparación crítica entre la realidad del proceso penal y el proceso civil para un mismo tema.

Aunque la fundamentación de la sentencia es una garantía común a todo procedimiento, el nivel de exigibilidad que se percibe en la práctica lamentablemente no es la misma.

A diferencia del exigente criterio que la sentencia impone para el ámbito penal, en el ámbito del proceso civil (en sentido amplio) la fundamentación de los fallos se ha quedado en un plano puramente formal.

Por distintas razones, para la gran mayoría de nuestros jueces, el deber de fundamentar las sentencias civiles se observa si la sentencia contiene los requisitos de forma que indica el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, y que complementa el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920.

El defecto de falta de motivación se presentaría solo cuando “no se desarrollan los razonamientos que determinan el fallo y carece de las normas de ley, derecho o equidad que tienden a obtener la legalidad del mismo”²⁵.

Con anterioridad nuestro Máximo Tribunal había reiterado que la causal de casación en la forma del art. 768 N° 5, en relación al número 4 del art. 170, ambos del CPC, solo concurre cuando esta no contiene las consideraciones de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento a la decisión, esto es, cuando no se desarrollan los razonamientos fácticos y jurídicos que fundamentan el fallo y tienden a obtener la legalidad del mismo²⁶.

²⁵ CS. 4 de enero de 1999, RDJ, T. XCVI, sec. 1ª p. 1-4.

²⁶ Entre otras, CS. 4 de junio de 1996, RDJ t. XCII, sec. 1ª, N° 2, p. 77, Rodríguez Guaita, Germán con Alamos A., Antonio; CS. 19 de marzo de 1997, RDJ t. XCIV, sec. 1ª, N° 1, p. 25, Muñoz Salas Sergio, con Los Esteros Ltda.; CS. 29 de enero de 1998, RDJ t. XCV, sec. 1ª, N° 1, p. 9, Guarello FH, Jorge con Cáceres, Federico y otro; CS. 29 de septiembre de 1999, RDJ t. XCV, sec. 1ª, N° 3, p. 158, De Widts Urrutia, Solange con P. Universidad Católica de Chile.

A la hora de tratar de explicar el contraste existente entre el proceso civil y el nuevo penal para una misma materia, las razones son varias:

1º) A diferencia de la cuantiosa inversión que ha significado implementar la reforma procesal penal, en el campo civil nadie discute que tenemos una tarea pendiente. Desde el punto de vista cuantitativo, en la justicia civil –en sentido amplio– el panorama es el del exceso de trabajo de los jueces, especialmente en las grandes ciudades. En este punto no exagera un autor que utiliza la metáfora de los “jueces sitiados”, para graficar la abnegación que impone el desempeño judicial, frente a la cada día más creciente demanda de servicios judiciales.

No es temerario denunciar que en muchos casos los fallos ya no solo tardan años en dictarse, sino que además carecen de la adecuada fundamentación.

Si hoy se aplicara a la judicatura civil la exigencia de dictar las sentencias dentro del plazo que la ley señala (60 días para el juicio ordinario de mayor cuantía, 10 para el sumario, 10 para el ejecutivo), conjuntamente con el parámetro que la Corte Suprema, en la sentencia que comentamos, exige para la motivación de los fallos, el resultado sería de colapso total.

2º) En la práctica forense la solución a este delicado tema ha sido bastante poco ortodoxa. Frente a la sobrecarga de trabajo en algunos tribunales de primera instancia han ido cobrando vida los denominados en el léxico forense como “proveedores”, que preparan a los jueces “proyectos de sentencia”, aliviando la labor de cada tribunal²⁷.

Otros jueces acuden a recursos estéticos, que les permite cubrir la manifiesta deficiencia en la fundamentación. El mecanismo más utilizado proviene de la práctica de incluir en los fallos largas partes expositivas, transcribiendo los escritos fundamentales y hasta las diligencias de prueba. Con este proceder no hay duda que se logran materialmente fallos voluminosos, que a primera vista impresionan

²⁷ Gran difusión tuvo en la prensa la causa iniciada hace un tiempo en contra de un “asesor jurídico”, a raíz de su denuncia de que él redactaba fallos por encargo de jueces del Crimen. Iniciado un proceso penal en su contra, la justicia llegó a la conclusión que esta persona no cometió ilícitos al escribir los fallos. El ministro sustanciador de la causa no encontró mérito para procesarlo por la usurpación de funciones propias de un juez tampoco, *ya que nunca firmó los fallos que redactó para los magistrados*.

a cualquiera, pero que una vez leídos en su conjunto demuestran su falencia argumentativa.

Huelga señalarlo, pero es evidente que la elefantiasis que puede afectar a la parte expositiva no se debe mirar nunca como la observancia de la garantía procesal de motivación, ya que esta parte se debe reflejar en la parte considerativa, que es la antesala lógica de la decisión de fondo.

En otros ámbitos de la justicia civil la falta de fundamentación proviene de equivocadas concepciones acerca de los sistemas de ponderación de la prueba. El problema se presenta concretamente en aquellos procesos en los que el legislador ha optado por un sistema de valoración de la prueba más libre; en estos casos algunos jueces han omitido exponer en la parte considerativa las razones de hecho y de derecho que los lleva a dar por acreditados los hechos de una determinada forma, dejando a la sentencia sin la debida fundamentación. Se piensa que recurriendo a una simple fórmula de estilo, *en orden a que los demás medios de prueba no logran alterar la convicción del tribunal*, se estaría cumpliendo con la obligación de fundamentar la sentencia. Esta práctica es grave, sobre todo si se advierte que por la propia singularidad del sistema de valoración de la prueba les está vedado a las partes utilizar el recurso de casación en el fondo, invocando como causal la infracción a las leyes reguladoras de la prueba.

Es en la justicia laboral donde de mayor forma se ha extendido la práctica recién descrita. El exceso en este tema ha llevado a otra situación censurable en el plano dogmático; la Corte Suprema se ha visto obligada, por razones de justicia, a tener que admitir la infracción de las leyes reguladoras de la prueba en materia laboral, contradiciendo una doctrina que deniega el recurso cuando se trataba de obtener el control de facultades discrecionales en la apreciación probatoria de los jueces de la instancia, si la decisión se da en un proceso civil distinto del laboral.

El panorama anterior contrasta con el verdadero llamado de atención que la Corte Suprema hace, en la sentencia que comentamos, a la práctica incurrida en el Tribunal Oral de Temuco para motivar el fallo. Los considerandos 14° y 15° no ahorran palabras para reprochar a los jueces del fondo que han incurrido en una mala técnica, reprochando lo que en el ámbito del proceso civil y laboral lamentablemente conforman una pauta común de actuación.

VIII. LA DEFICIENCIA EN EL PROCESO CIVIL

La sentencia de la Corte Suprema que comentamos es la mejor demostración de los nuevos aires que corren para la nulidad procesal en el derecho chileno, como un mecanismo de control de las garantías del debido proceso.

Lamentablemente, el panorama que se vislumbra para el proceso penal no se da en el campo del proceso civil, por variadas razones que conviene analizar.

En la implementación del modelo original en el Código de Procedimiento Civil, la sentencia de casación en la forma que anulaba el fallo por un vicio cometido en la decisión, determinaba que se debía siempre remitir los autos a un juez distinto del que conoció la sentencia anulada, para que este resolviera el asunto nuevamente. Esta solución es prácticamente la misma que aplicó la Corte Suprema en este caso, al ordenar que por un vicio de forma se repitiera el juicio oral.

Por una modificación introducida en 1977 por el DL N° 1.682, se eliminó el reenvío en la casación en la forma para los vicios cometidos en la sentencia, distorsionando seriamente el sistema de impugnación. En la práctica, esta realidad permite a las Cortes de Apelaciones y a la Corte Suprema actuar como auténtico juez de fondo, sin límite alguno, cuando acoge un recurso de casación en la forma por las causales 4ª, 5ª, 6ª, y 7ª del art. 768 CPC., desnaturalizando su función de tribunal de casación.

El error de la reforma de 1977, a nuestro juicio, radica en una confusión entre recursos de mérito (cuya causal es el agravio, por un tema de fondo), con un recurso de nulidad (cuyo agravio es la inobservancia de ciertas formas y garantías procesales).

Este cambio en la concepción del recurso de casación en la forma ha traído un preocupante debilitamiento en el cumplimiento del deber de fundamentar la sentencia por los jueces del fondo, y lo que es todavía peor, un debilitamiento del sistema de doble instancia, que se supone es la piedra angular de nuestro sistema de recursos en el proceso civil.

En rigor, cuando una Corte de Apelaciones anula la sentencia por un vicio cometido en la misma (especialmente la falta de consideraciones) y pronuncia el fallo de reemplazo, el asunto se está resolviendo en única instancia.

Debería resultar evidente entender que si la sentencia no tenía una adecuada ponderación de los hechos y del derecho, allí no operó auténticamente lo que conforma jurídicamente una *instancia*.

Si se quiere ser coherente con el sistema de la doble instancia, nunca debió desaparecer el reenvío de la casación en la forma. Naturalmente que otro tema es el de la demora en los juicios provoca la repetición del proceso, pero este tema incide en una cuestión de recursos económicos, no en la coherencia técnica que es dable exigir al sistema de recursos.

La supresión en la casación en la forma del reenvío ha traído, además, otra consecuencia que no puede dejar de preocupar. En la práctica se puede constatar que algunas Cortes de Apelaciones han homologado los recursos de casación en la forma y la apelación, no obstante que se trata de medios de impugnación muy distintos²⁸. Bajo el pretexto que al conocer de la apelación deducida tendrán que examinar el fondo del asunto, se procede a rechazar sistemáticamente los recursos de casación en la forma fundados en vicios cometidos en el pronunciamiento de la sentencia, especialmente los relativos a la falta de consideraciones y ponderación de la prueba.

Al preocupante panorama anterior se debe unir la precariedad de nuestro actual sistema de apelación, que no satisface a cabalidad el principio de la bilateralidad del debido proceso. Como consecuencia de la reforma de la Ley N° 18.705 de 1988, se pulverizó un elemento esencial de nuestro régimen original de apelación, al suprimir conjuntamente con el trámite de la expresión de agravios, la contestación al mismo que podía hacer el apelado, desapareciendo así de la doble instancia el principio de la bilateralidad.

Movidos por un afán de dar celeridad, la reforma de 1988 nos ha legado un problema que incide directamente en la garantía de la fundamentación de los fallos.

En una idea: el sistema chileno de apelación no considera actualmente la situación del apelado en la fijación de la cuestión controvertida; los apelados han sido relegados al discreto papel que les concede el alegato, actuación de suyo precaria.

²⁸ En la jurisprudencia de principios del siglo XX no se permitía que un vicio de casación se planteara como una materia de apelación, resultando perentorio utilizar dicho medio para controlar los vicios de nulidad fundantes de la reclamación. (Entre otras, CS. 15 de abril de 1904, RDJ t. 1ª, sec. 1ª, p. 339).

La ausencia de la debida contradicción en segunda instancia ha llevado a que la fijación de la cuestión controvertida para ese grado jurisdiccional quede en las manos del apelante, y el control del exceso que este pueda cometer (fundamentalmente por alteración de alteración de la causa de pedir) dependa de la buena voluntad de los jueces, en cuanto presten atención a la relación y los alegatos, al haberse suprimido como trámite esencial del proceso el relativo a la expresión de agravios.

El deficiente panorama anterior, obligatorio es reconocerlo, también da margen para que las Cortes de Apelaciones, puedan fallar una cuestión distinta de la que fue objetivamente la cuestión controvertida en primera instancia, al punto que muchas veces se resuelve sobre una causa de pedir diversa de la acción original.

Aunque el sistema chileno la apelación solo tiene por objeto revisar los hechos y el derecho de la decisión de primer grado recaída sobre lo que fue objeto del proceso, trabado conforme a los escritos fundamentales, el imperfecto mecanismo de delimitación de la cuestión controvertida, ya explicado, no siempre opera con el rigor técnico que se requiere.

Dicho de otra forma, una deficiente regulación de la bilateralidad de la audiencia en segunda instancia ha provocado una completa desnaturalización de nuestro régimen de apelación, que permite que una de las partes pueda introducir una alteración del objeto de la controversia y el juez resolver sobre ella, sin la debida contradicción.

La comprobación empírica de lo que se viene explicado está en el paupérrimo estado que presenta la causal de casación en la forma por ultra petita. Nos ahorra una mayor explicación la sentencia de la Corte Suprema, de 18 de enero de 1988, sobre el estado de la causal de casación por exceso en la decisión, que señala: "La acción del Tribunal está limitada por las acciones y excepciones que las partes hayan hecho valer en el curso del proceso, es decir, el pronunciamiento solo debe comprender los hechos constitutivos del objeto y de la causa de pedir de unas y otras, pero nada impide que analice como lo juzgue acertado a esos hechos, y en la aplicación al caso concreto de la norma general de la ley, el juez es soberano y no está sometido a las apreciaciones erradas que en este aspecto de la litis hayan podido incurrir las partes". "Determinar si la sentencia ha incurrido en el vicio de ultra petita no importa, en principio, lo que se exprese en sus razonamientos, sino solamente su decisión,

porque solo esta tendrá la autoridad de cosa juzgada y podría agraviar a la parte afectada al darse lugar a una prestación mayor o distinta de la que se pidió en la demanda, en tanto que los razonamientos carecen de dicha autoridad”²⁹.

El panorama anterior contrasta naturalmente con la doctrina que ha motivado este comentario, y que debería llamar a reflexionar sobre el cumplimiento efectivo de la exigencia de la fundamentación de la sentencia en el campo jurídico diverso del proceso penal. En este caso bastó un simple error formal en la construcción de la sentencia para ordenar repetir el juicio oral. En cambio, en el proceso civil a diario se comenten los mismos yerros formales, sin que ello active el mismo nivel de protección que la Corte Suprema, en una muy buena sentencia, prescribió hacer respetar en el nuevo ordo criminal.

CONCLUSIONES

La sentencia de la Corte Suprema analizada en este trabajo contiene una doctrina sobre la forma como se debe cumplir la garantía de la fundamentación de la sentencia que debe ser calificada de loable, y cuyo alcance debería extenderse rápidamente a todos los ámbitos de la jurisdicción.

En lo medular, la Corte Suprema, reiterada que uno de los mayores agravios que puede contener una sentencia penal es que su fundamentación no tenga la entidad para destruir o mantener la vigencia del principio de inocencia en su parte considerativa. Si el juzgador no logra justificar su decisión de condena o de absolución en la motivación, estaremos frente a declaración formal que deberá ser revocada o anulada, para garantizar el principio de igualdad de las partes.

Con esta razonable doctrina se evita que la presunción de inocencia se utilice arbitrariamente por el sentenciador penal para absolver al imputado.

²⁹ CS. 18 de enero de 1988, recaída en los autos “Aserradero San Pedro S.A. con Banco Concepción”.

BIBLIOGRAFÍA

- AMODIO, Ennio, *Procceso penale diritto europeo e common law*, Milan: Giuffrè, 2003.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, B. Aires: Ediciones Orbis, tr. Francisco Tomás y Valiente, 1984.
- BRAHM GARCÍA, Enrique, “¿Jurisprudencia creativa? (La Corte Suprema de Justicia 1841–1860)”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, N° 16.
- CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el Proceso Penal*, B. Aires: Depalma, 1986.
- CANO CAMPOS, Tomás, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derechos administrativo sancionador”, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, 2001.
- CAROCCA PÉREZ, Alex, Santiago: LexisNexis, 2002.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La Cosa Juzgada Penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.
- DOMINGO, Rafael, *Reglas Jurídicas y Aforismos*, Pamplona, Aranzadi, 2000, N° 427.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona: Gedisa, 2ª ed. 2003.
- GARRIGA, Carlos, LLORENTE, Marta, “El juez y la Ley: La motivación de las sentencias”, en *Anuario Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid*, 1997.
- HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, “Contribución al estudio del principio de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1982.
- HORVITZ, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001 y 2004.
- MASSONI, Mario, *La prueba ilícita en el proceso penal*, Santiago: Editorial Metropolitana, 2005, ZAPATA GARCÍA, María Francisca, *La Prueba Ilícita*, LexisNexis, 2004.
- MEDINA JARA, Rodrigo, MORALES PALACIOS, Luis, *Manual de derecho procesal penal*, Valparaíso: Libromar Ltda., 2001.
- MERELLO ARECCO, Italo, “La ley mariana de fundamentación de sentencias frente a la clemencia judicial en materia penal”, en la misma publicación, 1983.
- MILITELLO, Sergio, “La reformatio in peius versus el reenvío al juicio”, en *Revista Procesal Penal*, N° 38, 2005.
- MONTERO AROCA, Juan, “La garantía procesal penal y el principio acusatorio”, en *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona: J.M. Bosch, 1996.
- OBERG, Héctor, “El proceso penal oral y el debido proceso”, en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 3 enero 2001.

- ORTELLS RAMOS, Manuel, “Criterios básicos para la ordenación de un proceso penal”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 201, LXV, enero-junio, 1997.
- OTERO LATHROP, Miguel, *El ministerio público*, LexisNexis, 2002.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código Procesal Anotado y Concordado*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001; *Revista Procesal Penal*, N° 38, pp. 52-56 y 63-65.
- RIEGO, Cristian, DUCE, Mauricio, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Santiago: UDP, 2002.
- ROJAS, Mario, “El recurso de nulidad en el CPP”, en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 6 julio 2002.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- TAVOLARI OLIVEROS, *Instituciones del nuevo proceso penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Salvaguardias a la harina de trigo: una herramienta equivocada para un propósito discutible



JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN
Profesor de Regulación Económica
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN EJECUTIVO

El artículo examina la resolución de la Comisión Nacional Encargada de Investigar las Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas, confirmada por el Presidente de la República, que dio origen a la aplicación –como medida de salvaguardia– de una sobretasa arancelaria a la importación de harina de trigo. Se sostiene que el problema aducido por los molineros es más propio de un tema de subvenciones o subsidios (competencia desleal) que uno remediable a través de salvaguardias, las cuales son medidas de protección temporal frente a la competencia externa legítima para facilitar un ajuste interno en la industria. No solo no se demostró la necesidad o intención de un ajuste, sino que no se cumplió con las condiciones jurídicas requeridas para aplicar dicha medida, lo que constituyó un error de la Comisión. Se plantea que las salvaguardias constituyen una herramienta excepcional que tiene un propósito de protección discutible, lo que amerita que antes de adoptarla y, sin perjuicio de verificar previamente su juridicidad, se realice un examen de mérito (político) que pondere costos y beneficios e indique transparentemente qué es lo más conveniente para el país. Finaliza el artículo sugiriendo una reforma a la actual institucionalidad orientada a que el test técnico lo realice el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con el auxilio de la Fiscalía Nacional Económica en vez de la actual Comisión secundada por la Secretaría Técnica con sede en el Banco Central.

SUMARIO

I.- Introducción. II. Determinación a comentar. II.1) Descripción sucinta. II.2) Hechos del Proceso. III.- ¿Qué problema motivó la denuncia ante la comisión? IV.- Consideraciones generales acerca de las salvaguardias como medida solicitada. V.- El caso dice relación con un problema de subsidios (o subvenciones) más que con uno remediable por una medida de salvaguardia. VI.- Aumento de la cantidad de importaciones que hayan sido resultado de circunstancias imprevistas que causen o amenacen causar un daño grave a la producción nacional. VI.1) Aumento de la cantidad de importaciones. VI.2) Que las importaciones hayan aumentado como resultado de la evolución imprevista de las circunstancias. VI.3) Daño grave o amenaza de daño grave y su relación causal con el aumento de las importaciones. VII.- La industria doméstica debe requerir de un ajuste que, en último término, justifique la adopción de una salvaguardia destinada a “facilitar el ajuste”. VIII.- Examen de mérito de las salvaguardias solicitadas –desde una perspectiva de interés público– más allá del cumplimiento de las condiciones legales mínimas. IX.- Consideraciones sobre el marco institucional actual que opera sobre la materia. X.- Síntesis y conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En el discurso público actual pocos se atreverían discutir las bondades de la libre competencia en los mercados. Nunca faltan las iniciativas (bien o mal concebidas) justificadas en la necesidad de incrementar los grados de competencia o rivalidad en ciertos mercados¹. Subyacente a este tipo de orientaciones se encuentra, muchas veces, el deseo de morigerar excesivas ganancias de monopolistas (supuestos o reales), así como la posibilidad para los consumidores de acceder a bienes y servicios pagando menores precios².

Y cuando se habla de competencia no solo corresponde que se esté haciendo referencia a aquella entre los actores al interior de un país, sino también a la competencia proveniente del exterior y que se materializa en la importación de bienes a nuestro país que muchas veces compiten con los productos nacionales.

Aquí, sin embargo, los ímpetus procompetitivos pierden fuerza, afloran muchas veces los nacionalismos, en otras los intereses creados o, entre otras posibles inspiraciones, simplemente el escepticismo acerca de la limpieza con que funciona el comercio internacional, el cual, reconozcámoslo, suele ser fecundo en distorsiones: las propias y las ajenas.

Así, si bien la libre competencia o libre comercio internacional se ha ganado un espacio en el mundo de la retórica, y hasta cierto punto en los hechos con la presencia de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el comercio libre entre las naciones sigue necesitando válvulas de escape que permitan, sin contradecir la juridicidad internacional, proporcionar un respiro a los productores nacionales. La más excepcional de estas cláusulas de escape a la competencia externa son las medidas de salvaguardia, las cuales serán, precisamente, el objeto de estudio del presente trabajo, el cual comentará una importante decisión tomada a principios del año 2005 respecto a las importaciones de harina de trigo a nuestro país.

¹ Según el prisma desde el que se mire, el concepto de competencia puede ser distinto al de rivalidad. Este tipo de discusiones, no obstante, no interesan para los efectos de este trabajo.

² Tampoco es el objetivo de este artículo entrar en detalles y distinciones acerca de en qué consiste, propiamente tal, la ineficiencia de los monopolios.

Junto con precisar la determinación que se comentará y los hechos del proceso, estos últimos los cuales reflejan las dificultades iniciales que se tuvo para la obtención de luz verde en la investigación, se intentará explicar el problema que motivó que la industria molinera nacional productora de harina de trigo recurriera ante la Comisión Encargada de Investigar las Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas (en adelante, también, la Comisión). En seguida, se proporcionará una visión global acerca del sentido e importancia de las salvaguardias, para introducirnos en la primera gran advertencia que es posible hacer de la determinación que se comentará y que dice relación con el hecho de que el problema que motivó la solicitud de salvaguardia es más bien uno vinculado al Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC. El cuerpo central de lo que será el presente artículo analizará hasta qué punto al Comisión cumplió con las condiciones jurídicas exigidas por el Art. XIX del GATT de 1994 y, fundamentalmente, con el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC (en adelante, también, el AS). Así, se reconocerán algunos aciertos (básicamente en relación con algunos puntos del examen de si aumentó la cantidad de importaciones), pero, igualmente, aquellas materias que en nuestra opinión fueron deficientemente examinadas y fundadas a la luz de los criterios interpretativos emanados de la doctrina y de la jurisprudencia de la OMC, sin perjuicio de reconocer las interrogantes aún no definidas a nivel interpretativo. Luego de que se comente el análisis realizado por la Comisión sobre el aumento en la cantidad de importaciones, se procederá a hacer lo mismo con el requisito de que las importaciones hayan aumentado como resultado de la evolución imprevista de las circunstancias, el cual constituye uno de los temas más complejos y debatidos por la literatura especializada. A continuación, se abordará lo que se considera la parte más débil de la resolución de la Comisión y que dice relación con las fundamentaciones y conclusiones acerca de la existencia o no de daño grave o amenaza de daño grave, y su relación causal con el aumento de las importaciones. Más adelante, y con ocasión de lo dispuesto en el Art. 5° del AS, se intentará volver a colocar la atención en el sentido y finalidad de las salvaguardias, lo cual indica que la industria doméstica debe reconocer que necesita un ajuste para cuya concreción se otorga un espacio de tiempo protegido de la competencia externa. Uno de los aspectos más importantes y, también, posiblemente, más olvidados, se atacará a continuación, esto es, la necesidad de que exista, efectivamente, un examen de

mérito de las salvaguardias que se solicitan más allá del cumplimiento de las condiciones legales mínimas, esto último lo cual, en caso de verificarse, debiera constituir solo una de las dos etapas que amerita que exista en la resolución de este tipo de medidas. Finalmente, antes de las conclusiones, se ensayarán algunas reflexiones sobre la orientación que debiera tener una reforma a la institucionalidad que opera sobre el particular.

II. DETERMINACIÓN A COMENTAR

Si bien no se trata de una sentencia judicial propiamente tal, la resolución que se comentará constituye, en la práctica, un importante veredicto sobre intereses en disputa por parte de un cuerpo colegiado o “tribunal” (si se nos permite tomar prestado tal concepto). Se trata de la recomendación de la *Comisión Encargada de Investigar la Existencia de Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas* de fecha 10 de febrero del año 2005 (Sesión N° 272) en orden a imponer una medida de salvaguardia (en la forma de sobretasa arancelaria) a la importación de harina de trigo, acogida por el Presidente de la República en virtud de Decreto del Ministerio de Hacienda N° 129 publicado con fecha 4 de marzo del mismo año.

II.1 DESCRIPCIÓN SUCINTA

Con fecha 3 de diciembre del año 2004, según consta en el Acta de la Sesión N° 268, la unanimidad de los miembros de la Comisión Encargada de Investigar la Existencia de Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas resolvieron dar inicio a una investigación de salvaguardias por el caso de la importación de *harina de trigo* clasificada en el código arancelario 1101.0000 y recomendar la aplicación de una medida provisional de 17%, devenida en definitiva luego de concluido el proceso pertinente (Sesión N° 272).

II.2 HECHOS DEL PROCESO

Podría bastar a los lectores tener presente solo lo descrito sucintamente con anterioridad y evitarse la lectura de la relación más específica (y hasta cierto punto alambicada) de los hechos del proceso o investigación que se hace a continuación. Dicha relación se hará, no obstante, por rigurosidad y, también, como una forma de

ilustrar el difícil comienzo de una decisión difícil de explicar a la luz del derecho.

La Asociación de Industriales Molineros del Sur A.G. y la Asociación de Molineros del Centro A.G. presentaron con fecha 30 de septiembre de 2004 una solicitud de salvaguardias para las importaciones de mezclas de harina clasificadas en los códigos arancelarios 1901.2010 y 1901.2090, la cual fue ampliada mediante comunicación de fecha 5 de octubre de 2004 con el fin de incorporar en la solicitud la harina de trigo, clasificada en el código arancelario 1101.0000.

La Comisión en sesión N° 267, de fecha 4 de noviembre de 2004, analizó la admisibilidad de la solicitud, resolviendo –por mayoría– “no iniciar una investigación para la aplicación de SALVAGUARDIAS por ahora e instruir al Servicio Nacional de Aduanas para efectuar durante un plazo de 60 días un seguimiento a las importaciones abarcadas en los códigos arancelarios arriba indicados, con el propósito de mantener informada a la Comisión acerca de la evolución de tales importaciones” (énfasis en mayúsculas agregado). La resolución anterior contó con el voto en contra de los representantes del Banco Central, quienes consideraron que “los antecedentes presentados no ameritan el inicio de una investigación y estiman que no corresponde efectuar un seguimiento a las importaciones como el señalado”.

Sin perjuicio de lo anterior, a continuación, en la misma sesión N° 267 y a instancias del representante del Ministerio de Agricultura, la mayoría de los miembros de la Comisión (con el voto en contra de los representantes del Banco Central) resuelven “[i]niciar de oficio una investigación sobre SUBVENCIÓN en las importaciones de harina de trigo y mezclas de harina procedentes de Argentina en la subpartida 190120 del Sistema Armonizado para la descripción y codificación de mercaderías” (énfasis en mayúsculas agregado).

Un mes después, la Comisión en sesión N° 268, de fecha 3 de diciembre de 2004, resuelve “por unanimidad de los miembros presentes dar inicio a una investigación de salvaguardias para las importaciones de harina de trigo, clasificadas en el código arancelario 1101.0000”. Más aún, por la mayoría de los miembros presentes se decidió “recomendar la aplicación de una sobretasa arancelaria provisional de 17% a las importaciones de harina de trigo, clasificadas en el código arancelario 1101.000, en consideración a que los elementos disponibles permiten determinar un aumento de las im-

portaciones que amenaza causar un daño grave inminente a la industria molinera nacional bajo circunstancias críticas que justifican la recomendación de tal medida". Los representantes del Banco Central no concurrieron al acuerdo expresado por estimar que "los antecedentes de la industria no demuestran la existencia de circunstancias críticas", toda vez que "las importaciones representan aún un porcentaje muy bajo del consumo interno del producto".

Es decir, la Comisión que con anterioridad no se había decidido iniciar una investigación ante la solicitud presentada (aunque en esa ocasión el rechazo no fue terminante: de hecho se utilizó la expresión "por ahora"), en esta oportunidad accedió a investigar, pero solo respecto de uno de los tres productos (la harina de trigo). Cabe destacar que respecto de los otros dos (las mezclas de harina) ya se había dado inicio a una investigación, pero por subvenciones, no por salvaguardias³.

No obstante lo anterior, la Comisión ha considerado que dentro de la glosa correspondiente a la harina de trigo 1101.0000 también se incluyan ciertas mezclas de harina importadas en atención a que "la legislación permite al Servicio Nacional de Aduanas que cuando la harina de trigo se presente mezclada o asociada con otras materias, se clasifique según el producto que le confiere su carácter esencial en el código arancelario que corresponde"⁴. En otras palabras, si bien en apariencia se inició una investigación por salvaguardias correspondiente a las harinas de trigo del código arancelario 1101.0000, en la práctica esta también incluyó las mezclas de harinas (1901.20) en virtud de una reclasificación como harinas de trigo por parte de la Aduana. Vale decir, las mezclas exportadas por Argentina (principal origen de las importaciones) lo hacen por la posición 1901.20, pero ingresan a Chile—luego de la reclasificación de Aduanas—por la glosa 11.01.0000.

Luego de haberse seguido el proceso correspondiente, el cual contó con una audiencia pública, en la sesión 272 de fecha 10 de febrero de 2005, la Comisión resolvió (con el voto en contra del representante del Banco Central) lo siguiente:

- i) Por mayoría de los miembros presentes, recomendar como medida de salvaguardia definitiva, una sobretasa arancelaria ad-valorem de 17% a la importación de harina de trigo clasificada en el ítem 11.01.0000 del Arancel Aduanero Nacional excepto la harina de trigo cuyo precio CIF sea igual o superior a US\$0,3 / Kilo Neto y que cumpla copulativamente con las

³ No conocemos información de que se haya perseverado en dicha investigación.

⁴ Sesión N° 268, p.3.

siguientes características físico - químicas: fuerza entre 310 - 370, tenacidad entre 80 - 100, extensibilidad entre 80 -110, equilibrio entre 0,8 - 1,1, gluten húmedo 30% como mínimo, gluten seco 10,5% como mínimo y falling number de 320 como mínimo, que regirá por un año contado desde el 10 de diciembre de 2004, fecha de publicación del Decreto que estableció una sobretasa arancelaria provisional a la misma mercancía, en consideración a que los elementos disponibles permiten determinar un incremento de las importaciones que amenaza causar un daño grave inminente a la industria molinera. Se excluyen de la aplicación de esta medida a México, Canadá y Perú en virtud de los acuerdos comerciales suscritos con dichos países, y a los países en desarrollo miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que en el promedio de 24 meses comprendidos entre enero 2003 - diciembre 2004 tienen una participación individual inferior al 3% en las importaciones totales, los que en conjunto no superan el 9%, según lo establecido en el artículo 9.1 del Acuerdo sobre Salvaguardias, y que se detallan en el anexo.

- ii) Oficiar al Sr. Ministro de Hacienda a fin de que este eleve la presente recomendación al Presidente de la República”.

Teniendo presente lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley N° 18.525⁵, en el decreto supremo N° 909 del Ministerio de Hacienda de 1999, en el N°1 de la Parte VI del artículo primero del decreto supremo N° 19 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, de 2001; y en la resolución N° 520, de la Contraloría General de la República, con fecha 4 de marzo de 2005 se publicó en el Diario Oficial el Decreto N° 29 exento del Ministerio de Hacienda (de 23 de febrero de 2005), en virtud del cual el Presidente de la República confirma lo recomendado por la Comisión.

III. ¿QUÉ PROBLEMA MOTIVÓ LA DENUNCIA ANTE LA COMISIÓN?⁶

Se trata de un problema que data de marzo del año 2002, fecha en que Argentina decidió instaurar impuestos selectivos que gravan la exportación de ciertos *commodities* utilizados como insumos, mas no la exportación del producto industrial, el cual –por esa vía– estaría recibiendo un subsidio de facto o indirecto. Este sería el caso

⁵ El Decreto habla de artículo 9.

⁶ Ver sobre el particular el estudio de QUIROZ Jorge, BRAVO Jorge y GIVOVICH Felipe (agosto, 2004): Distorsiones a la Competitividad de la Harina de Trigo: Causas y Consecuencias, el cual fue elaborado para la Asociación de Molineros del Centro, Asociación de Molineros del Sur y Consorcio Agrícola del Sur (CAS).

del impuesto de un 20% a las exportaciones de trigo, lo que contrasta –en la práctica– con la ausencia de gravamen a un producto derivado, como es la harina de trigo.

Esta situación, la cual más que una casualidad, sería el reflejo de una política industrial estratégicamente concebida del país vecino, da lugar –en opinión de los denunciantes– a que la industria molinera nacional⁷ no esté en condiciones de competir con los precios artificialmente bajos de la harina trigo argentina exportada a Chile como mezcla (glosa arancelaria diferente)⁸.

En efecto, se estima que el aludido impuesto a las exportaciones en Argentina no altera el precio internacional del trigo (*commodity* para el cual existe un mercado internacional profundo y líquido), pero sí tiene como consecuencia deprimir el precio interno de dicho producto en Argentina, lo cual constituye, en último término, una ventaja (equivalente al porcentaje del impuesto) a la exportación de harina de trigo que (al realizarse bajo la glosa “mezclas”) no paga el impuesto mencionado.

Adicional a los perjuicios para la industria molinera nacional que derivarían de la desventaja competitiva artificial producto de los impuestos selectivos aludidos, se sostiene que el ingreso de las mezclas de harina (producto que sería básicamente similar al de la harina de trigo) estaría perforando el sistema de bandas de precio, las cuales se contemplan para la harina, pero no para las mezclas. En otras palabras, se plantea que los productores chilenos estarían compitiendo con sus contrapartes argentinas con un costo inclusive 37% mayor (17 % por impuestos diferenciados a las exportaciones más un 20% por concepto de perforación de la banda). Más aún, si se parte de la base que un daño a la industria molinera nacional implicaría una disminución de la demanda interna de trigo (los molinos son los mayores compradores de trigo), también se afectaría negativamente la industria del trigo.

⁷ En estricto rigor, aquella que opera en el centro y sur del país.

⁸ De hecho, se alega que producto de lo anterior las importaciones de mezcla de harina de trigo y/o harina de trigo (luego de la reclasificación de aduanas) habrían experimentado un importante aumento.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LAS SALVAGUARDIAS⁹

Las **medidas de salvaguardia constituyen** verdaderos recursos comerciales, susceptibles de ser enarbolados por los países miembros de la OMC, dirigidos a restringir temporalmente las importaciones de un producto y que, en el caso de Chile, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N° 18.525, toman la forma de sobretasas arancelarias ad valorem. Estas medidas contingentes, llamadas también cláusulas o válvulas de escape, tienen por finalidad proteger a una industria nacional específica, fuertemente afectada por un incremento en las importaciones de productos similares o directamente competidores, a través de proporcionarle un espacio de tiempo libre de competencia externa, que le permita, en definitiva, una reestructuración que favorezca (al menos en teoría) una mejor y más competitiva participación en un mercado sin restricciones.

Las salvaguardias fueron introducidas en el sistema legal internacional en virtud del artículo XIX del GATT de 1947. Su aplicación, sin embargo, resultó problemática debido a una serie de causas: (i) ausencia de transparencia; (ii) procedimiento de consultas y notificaciones inadecuado; (iii) incertidumbre respecto del tiempo de duración de las medidas de salvaguardia; (iv) definición poco clara de lo que significa un daño grave (*serious injury*); y (v) la violación de la cláusula de la nación más favorecida en la aplicación de medidas de salvaguardia. A poco andar, el mecanismo de salvaguardias establecido por el artículo XIX del GATT de 1947 cayó en desuso y fue reemplazado por la informal, ilegal y perniciosa utilización de ciertas prácticas comerciales proteccionistas entre las que destacaban aquellas derivadas de negociaciones entre gobiernos destinadas a limitar las exportaciones, también conocidas como “Medidas de Zona Gris” (*Grey Area Measures*)¹⁰.

El Acuerdo de Salvaguardias originado en la Ronda de Uruguay significó un indudable impulso y mejora, aportando innovaciones al

⁹ Capítulo basado en ROMERO, Juan José: “Regulación de una Cláusula de Escape a la Competencia Internacional: el Caso de las Salvaguardias”, en Actas de las II Jornadas de Derecho de la Empresa (20 de octubre de 2004), publicadas por el Magíster y Postítulo en Derecho de la Empresa, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005, pp.157-212.

¹⁰ LEE, Yong-Shik (2002): “Safeguard Measures: Why Are They Not Applied Consistently With the Rules? – Lessons for Competent National Authorities and Proposals for the Modifications of the Rule on Safeguards”, *Journal of World Trade*, 36(4), Kluwer, p. 642.

prohibir las “medidas de zona gris” y establecer plazos para todas las medidas de salvaguardia, a pesar que “la inherente ambigüedad en alguna de sus provisiones han causado subsecuentes disputas en la aplicación de las medidas de salvaguardia”¹¹.

Una de las cosas más interesantes de la **normativa objeto de análisis** y que está compuesta, fundamentalmente, por el Acuerdo de Salvaguardia de la OMC y el artículo XIX del GATT de 1994, radica en que tiene plena aplicación en Chile (a través de la remisión realizada por el artículo 7º de la Ley Nº 18.525) y que es similar para todos los países miembros de la OMC. Así, pues, adquiere una gran relevancia la interpretación que los órganos de solución de diferencias de la OMC hacen de las normas jurídicas vigentes en nuestro país y en una parte muy importante del resto del mundo, incluida la República de China.

El impacto en el comercio mundial de la aplicación por diferentes países de medidas de salvaguardia ha sido público y notorio, resaltándose, a este respecto, una de las guerras jurídico-comerciales más grandes del último tiempo, como fue la controversia global que supuso la adopción por parte de los Estados Unidos de Norteamérica de medidas de salvaguardia para ciertos productos de acero, del cual nuestro país no se vio ajeno al seguir los pasos norteamericanos.

Nuestro país no ha sido ajeno a la aplicación por parte de otras naciones de medidas de salvaguardia **perjudiciales para importantes productos de exportación chilenos**. Como ejemplo de lo anterior es posible citar el públicamente comentado caso de las salvaguardias provisionales a los *salmones* por parte de la Unión Europea.

Sin perjuicio de lo anterior, nuestros productos de exportación no solo pueden ser afectados por medidas de salvaguardia impuestas por otros países, sino también en aquellos casos en que Chile ha decidido (por decreto presidencial previa recomendación por parte de la Comisión Nacional Encargada de Investigar la Existencia de Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas) establecer medidas de salvaguardia para protegerse de la importación de ciertos productos. En efecto, los países afectados por una medida de salvaguardia impuesta, a modo de ejemplo, por Chile, tienen dere-

¹¹ LEE (2002): p. 642.

cho, en virtud de lo dispuesto en el Art. 8° del Acuerdo de Salvaguardias, a obtener compensaciones equivalentes al daño producido por la medida de salvaguardia, lo que, en definitiva, puede terminar afectando a otro tipo de productos de exportación de nuestro país enteramente ajenos a los productos en disputa, como ocurrió con nuestro *vinos* en Colombia ante la imposición de salvaguardias al azúcar (entre ellas, el azúcar colombiano).

Pero no solo eso. Al recurrirse a una medida de salvaguardia, se puede generar un **efecto negativo en aquellos sectores que utilizan aquellos productos importados**, cuyo precio se verá artificialmente elevado producto de una acción gubernamental (sobretasa arancelaria) que ha decidido que una empresa o grupo de empresas merecen ser beneficiadas a costa de otras a las cuales necesariamente se perjudicará.

No puede perderse de vista que se trata del más extraordinario de los recursos comerciales, toda vez que no se requiere acreditar la existencia de competencia desleal. Como se manifestó en un comienzo, las medidas de salvaguardia constituyen la más excepcional de las válvulas de escape a la competencia externa con que cuenta un país. Lo paradójico es que a pesar de tratarse de una medida excepcionalísima que exige la concurrencia de requisitos muy severos para su aplicación, resulta ser un instrumento legal más recurrido que aquellas medidas dirigidas a enfrentar los casos de dumping y subvenciones.

Cualquier medida de salvaguardia que adopte Chile es recurrible ante los órganos de solución de disputas de la OMC, los cuales verifican si la medida aplicada es compatible con la normativa jurídica vigente. Hasta la fecha, ninguno de los casos conocidos por los órganos de apelación pertinentes sobre la materia ha sido declarado compatible con el Acuerdo de Salvaguardias y el artículo XIX del GATT de 1994.

La circunstancia mencionada no es menor, lo que, por un lado, obliga a tener un mayor conocimiento de la regulación de este tipo de instrumentos y, por otro, a reflexionar si se está o no en presencia de un marco normativo adecuado y de buen funcionamiento, algo que ha empezado a ser puesto en duda por algunos académicos, quienes reclaman la ausencia de criterios claros que guíen el actuar de las autoridades nacionales competentes.

Como se planteó con anterioridad, uno de los pocos aspectos en donde existe un alto grado de uniformidad jurídica internacional es

en relación a las medidas de salvaguardia. El Acuerdo de Salvaguardias de la OMC y el artículo XIX del GATT de 1994 están plenamente vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el artículo 7º de la Ley N° 18.525 establece que “En caso de que concurren las circunstancias previstas en el Artículo XIX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y en el Acuerdo sobre Salvaguardias de la Organización Mundial del Comercio, el Presidente de la República podrá, mediante decreto supremo del Ministerio de Hacienda, aplicar sobretasas arancelarias ad valorem, previo informe favorable de la Comisión a que se refiere el artículo 9”. **En efecto, si bien existen algunas particularidades de carácter procesal e institucional entre los diferentes países signatarios del Acuerdo de Marrakech, las normas sustantivas son las mismas para todos. Se trata de una reglamentación breve y aparentemente simple, pero la riqueza interpretativa que puede emanar del análisis dogmático de las mismas es notable.** De hecho, el artículo 2º N° 1 del Acuerdo de Salvaguardias, el cual contiene la condición general para la existencia del derecho de los países a recurrir a la aludida cláusula de escape, dice escuetamente lo siguiente: “Un Miembro solo podrá aplicar una medida de salvaguardia a un producto si dicho Miembro ha determinado, con arreglo a las disposiciones enunciadas infra, que las importaciones de ese producto en su territorio han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores”.

V. EL CASO DICE RELACIÓN CON UN PROBLEMA DE SUBSIDIOS (O SUBVENCIONES) MÁS QUE CON UNO REMEDIABLE POR UNA MEDIDA DE SALVAGUARDIA

Como se ha recordado con anterioridad, la solicitud de medidas de salvaguardia en la forma de sobretasas arancelarias a diferencia de la impetración de derechos compensatorios en razón de la existencia de subvenciones o subsidios ilegítimos parten de la base que se está en presencia de un comercio leal y sin distorsiones, pero que ante la concurrencia de ciertos requisitos se permite su aplicación como un cláusula de escape a la competencia externa.

En contraste a lo recién indicado, en la solicitud de salvaguardias de septiembre de 2004, se sostiene que “la DISTORSIÓN en el

mercado internacional que da origen a esta solicitud de salvaguardias es un subsidio de facto a la exportación de ‘mezclas de harina’ provenientes de Argentina, cuyo origen se encuentra en la aplicación en ese país de un régimen de impuestos selectivos y discriminatorios de importación” (énfasis en mayúscula agregado). Consistente con el reclamo de competencia distorsionada o desleal manifestado, en el mismo estudio elaborado el mes anterior por Jorge Quiroz C. (representante de la industria molinera en la solicitud de salvaguardias) y otros, NO se recomienda dirigirse a la Comisión pidiendo salvaguardias, sino (como podría resultar ser más apropiado) se propone reclamar la imposición de derechos compensatorios por infracción al Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC. En efecto, entre las conclusiones del referido estudio se sugiere “solicitar el inicio de una investigación a la Comisión de Distorsiones para la aplicación de derechos compensatorios sobre la base del Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC”¹².

De los antecedentes señalados es posible sostener que los mismos solicitantes de las medidas de salvaguardia estimaban que la vía jurídicamente idónea no era reclamar ante la Comisión de Distorsiones por la vulneración del Acuerdo de Salvaguardias de la OMC, sino más bien por la infracción al Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias del organismo recién indicado.

El reconocimiento anterior es decidor. Las medidas de salvaguardia y las medidas para enfrentar casos de subvenciones (o subsidios) tienen una naturaleza y finalidad distinta y una confusión de las mismas puede llevar a adoptar determinaciones equivocadas. Lo anterior ha sido corroborado por nuestro propio país con ocasión de la disputa que sostuvo con Argentina por las salvaguardias impuestas por este último país a las importaciones de duraznos en conserva. En dicho caso el Grupo Especial (o Panel) le hizo la siguiente pregunta a la delegación chilena:

“¿Está Chile alegando que la autoridad investigadora debe establecer que los productos están siendo importados en condiciones de competencia leal antes de imponer una medida de salvaguardia?”, Chile explica que ‘si bien la autoridad investigadora no debe establecer en su informe si los productos de un origen determinado están siendo importados en condiciones de

¹² Se sostiene que la posición de privilegio que gozaron los productos agrícolas (en virtud del Acuerdo Agrícola) habría expirado por el transcurso del plazo de 8 años sin que haya habido renegociación alguna.

competencia leal antes de imponer una salvaguardia, dicha autoridad investigadora sí está obligada a analizar las características de las importaciones de dicho origen y las condiciones en las que compiten con el producto doméstico en comparación a las características y condiciones de competencia de los otros orígenes. En este sentido, una autoridad investigadora puede perfectamente determinar si una supuesta amenaza de daño tiene su causa auténtica y sustancial en las importaciones de un origen en particular por las condiciones en las que estas importaciones ingresan a su mercado. **Si los hechos bajo investigación demuestran lo anterior, no corresponde imponer una medida de salvaguardia que se aplica en contra de las importaciones en general y sin discriminar por origen. Más aún, si esas importaciones de un origen en particular están siendo importadas en condiciones de competencia desleal, la acción a tomar debería ser una medida antidumping o un derecho compensatorio**” (énfasis agregado)¹³.

Haciendo caso omiso a la postura en virtud del cual el tratamiento de las alegaciones sobre competencia desleal son distintas a las de competencia leal, la Comisión en la misma acta en virtud del cual se recomienda la imposición de salvaguardias, insinúa la hipótesis de competencia desleal al sostener que:

“[L]a aplicación de impuestos a la exportación de 20% al trigo, y no a las mezclas de harina, creó, por lo tanto, una ventaja competitiva artificial a la industria molinera argentina que les permite acceder a un precio del trigo en ese país un 20% inferior a su valor internacional, situación que no se daría en condiciones de mercado normales”¹⁴.

Remediar una situación de competencia leal y legítima no es igual que corregir una situación de competencia desleal. Resulta natural y obvio que en el primero de los casos la medida de protección debe ser muy excepcional y con requisitos de una exigencia acorde con lo anterior. Es decir, y más allá del discutible propósito de interferir en el comercio legítimo, la aplicación de una medida de salvaguardia bien entendida en todos sus requisitos no debiera transformarse en una herramienta más fácil o asequible que aquellas medidas destinadas a corregir el comercio desleal.

En el presente artículo se plantea que la medida de salvaguardia a las importaciones de harina de trigo no solo es una herramienta equivocada, como se ha pretendido explicar precedentemente, sino

¹³ Argentina – Medida de Salvaguardia Definitiva sobre las Importaciones de Duraznos en Conserva, Informe del Grupo Especial, WT/DS238/R, 14 de febrero de 2003, nota a pie de página N° 281, p. 46.

¹⁴ Sesión N° 272, p. 5.

que, además, en su propio mérito, no se cumplieron con los requisitos jurídicos exigidos. A continuación se examinará con algún detalle el grado de cumplimiento de la normativa jurídica específica exigible para decretar salvaguardias.

VI. AUMENTO DE LA CANTIDAD DE IMPORTACIONES QUE HAYAN SIDO RESULTADO DE CIRCUNSTANCIAS IMPREVISTAS QUE CAUSEN O AMENACEN CAUSAR UN DAÑO GRAVE A LA PRODUCCIÓN NACIONAL

La aplicación de una medida de salvaguardia requiere del cumplimiento de ciertas condiciones copulativas de carácter sustantivo e implica un proceso que debe seguir ciertas reglas estrictas para su resolución, las cuales están contempladas en acuerdos multilaterales suscritos y ratificados por nuestro país e incorporados en la ley chilena. En efecto, el inciso 1º del artículo 7º de la Ley N° 18.525 (modificada en forma relevante, para estos efectos, por la Ley N° 19.612) establece que:

“[e]n caso que concurren las circunstancias previstas en el Artículo XIX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y en el Acuerdo sobre Salvaguardias de la Organización Mundial de Comercio, el Presidente de la República podrá, mediante decreto supremo del Ministerio de Hacienda, aplicar sobretasas arancelarias ad valorem, previo informe favorable de la Comisión a que se refiere el artículo 11” [esto es, la Comisión Nacional encargada de investigar la existencia de distorsiones en el precio de las mercaderías importadas].

Como se ha expresado, la legislación chilena hace referencia a dos textos: el Art. XIX del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC. Ambos textos son entendidos, por la jurisprudencia, de un modo armónico.

El texto íntegro del párrafo 1 a) del artículo XIX establece lo siguiente:

“Si, como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias, contraídas por una parte contratante en virtud del presente Acuerdo, las importaciones de un producto en el territorio de esta parte contratante han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores en ese territorio, dicha parte contratante podrá, en la medida y durante el tiempo que sean necesarios para prevenir o reparar ese daño, suspender total o parcialmente la obligación contraída con respecto a dicho producto o retirar o modificar la concesión (cursivas añadidas)”.

A su vez, el artículo 2 del AS, el cual señala los requisitos fundamentales para su aplicación, manifiesta que:

Artículo 2

Condiciones

1. Un Miembro solo podrá aplicar una medida de salvaguardia a un producto si dicho Miembro ha determinado, con arreglo a las disposiciones enunciadas *infra*, que las importaciones de ese producto en su territorio han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores. (Se omite la nota a pie de página.)

En el presente estudio se evaluará, fundamentalmente, la decisión de la Comisión sobre el caso Harina de Trigo a la luz de las condiciones exigidas para tener la posibilidad de aplicar una medida de salvaguardia, según los textos jurídicos aplicables, la jurisprudencia de la OMC y, finalmente, la doctrina.

VI.1 AUMENTO DE LA CANTIDAD DE IMPORTACIONES

Cuando una rama de la producción nacional, como la de los molineros productores de harina de trigo, decide recurrir a la Comisión solicitando salvaguardias, lo hace para protegerse temporalmente de la competencia que significan las importaciones que provienen del exterior. Como se trata de una medida de emergencia, no basta el solo hecho que existan importaciones de un producto similar o directamente competidor, sino que, de acuerdo al artículo 2.1 del AS, debe existir un aumento en la cantidad de importaciones y no, tampoco, cualquier aumento, como se verá.

Específicamente, el artículo 2.1 del AS alude, textualmente, a la situación en “que las importaciones de ese producto en su territorio han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional” (énfasis agregado).

Este requisito que, a primera vista, pudiera parecer sencillo de verificar, no lo es en absoluto. Tanto la jurisprudencia nacional constituida por anteriores decisiones de la Comisión, como la jurisprudencia de la OMC reflejada en los reportes de los grupos especiales y en las decisiones de los órganos de apelación, dan cuenta de los diferentes puntos de divergencias que ocasiona la interpretación de la frase aludida en el AS.

Algunas de las interrogantes que dan cuenta de las discusiones interpretativas sobre el tema son, a modo ilustrativo, las siguientes: ¿Se debe calcular el volumen o el valor de las importaciones? ¿Cuáles es el período de tiempo que las autoridades deben utilizar para calcular si las importaciones aumentaron o no? ¿Basta con verificar la cantidad de importaciones al principio o al final del período de investigación para llegar a una conclusión sobre el particular? ¿Debe el análisis ser cuantitativo o también cualitativo? ¿Existe un umbral cualitativo o cuantitativo más allá del cual pueda considerarse que ha habido un aumento en las importaciones o, por el contrario, basta que el nivel de las importaciones a finales del período de investigación sea mayor? ¿Cuáles son los productos sobre los cuales debe acreditarse el aumento de las importaciones?, etc.¹⁵.

El caso de las salvaguardias a la harina de trigo también, como era esperable, generó discusión, aunque –en opinión del suscriptor– los hechos no provocaron las dificultades analíticas que sí ocurrieron cuando la Comisión tuvo que analizar, tiempo atrás, las solicitudes de salvaguardia a la importación de fructosa y de productos de acero.

El tema del aumento de las importaciones de harina de trigo amerita variados comentarios en atención a los hechos del proceso y a las determinaciones realizadas. En el presente trabajo se examinarán –con disímil nivel de profundidad– algunos de ellos:

A) La Comisión sorteó apropiadamente las dificultades derivadas de los datos sobre las importaciones

La solicitud de salvaguardias efectuada por la industria molinera no se basó en datos sobre importaciones de fuente chilena. En efecto, en la petición se reconoce textualmente que “... utilizaremos como fuente de información los registros de aduana Argentina (NOSIS). Denominaremos las importaciones de Chile, en base a esta fuente de información, como exportaciones de Chile desde Argentina”¹⁶. La Comisión solo utilizó en la investigación datos provenientes del Servicio Nacional de Aduana.

¹⁵ Para un análisis más detallado de las controversias a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia, ver ROMERO GUZMÁN, Juan José: “La Regulación de una Cláusula de Escape a la Competencia Internacional: el Caso de las Salvaguardias”, artículo presentado en las Segundas Jornadas de Derecho de la Empresa, 2004.

¹⁶ Acápite 2.1 a) de la Solicitud, p.18, fojas 21 del expediente de la Comisión.

Asimismo, la solicitud partió refiriéndose a las mezclas de harinas importadas para, posteriormente, ampliarla a la glosa relativa a la harina de trigo, bajo cuyo concepto, luego de la reclasificación arancelaria realizada por el Servicio Nacional de Aduana, fueron agrupadas las mezclas señaladas.

Igualmente, en la solicitud de los molineros chilenos se incluyeron productos destinados a la zona franca de la Primera Región, lo que, evidentemente, no correspondía, tal como bien lo entendió la Comisión.

Finalmente, y como punto adicional de menor importancia (dado la escasísima, sino nula) cantidad de importaciones, ignoramos, si en el cálculo de las importaciones se incluyeron aquellas importaciones de países a los cuales en razón de existir acuerdos comerciales o por estar considerados en vías de desarrollo (y con importaciones bajo cierto parámetro) no se les hizo aplicable la medida de salvaguardia. Existe un principio conocido como “paralelismo”, el cual obliga a no considerarlas¹⁷.

B) El período de tiempo escogido para la investigación resultó razonable

Hubo críticas en el sentido de que se utilizó un período de tiempo distinto para verificar si hubo un aumento de las importaciones con aquel tomado en consideración para las constataciones de daño. Se planteó que para la verificación de la primera condición se tomó un período de tiempo más extenso que para la segunda. Estimamos que dicha objeción resulta irrelevante, ya que para ambos casos se consideró un período de varios años, inclusive los más recientes, que son aquellos que pueden revestir mayor significación para efecto de las constataciones que se realicen.

¹⁷ El artículo 2.2 del AS dispone con toda claridad que “las medidas de salvaguardia deberán ser aplicadas a los productos que son importados independiente de su origen”. No obstante, se ha entendido que tiene que haber una correspondencia o paralelismo entre las importaciones cubiertas o tomadas en consideración en la investigación y las importaciones que son objeto de una medida de salvaguardia. En el mismo sentido, la jurisprudencia correctamente ha dicho que corresponde aislar las importaciones de los países excluidos de la aplicación de una salvaguardia para efecto de verificar si el daño actual o inminente que pueda sufrir la rama de la producción nacional. Sobre el particular, ver el caso Estados Unidos - Ciertos Productos de Acero, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 450.

En segundo término, hubo recriminaciones por la consideración de datos de importaciones de fechas posteriores al del inicio de la investigación. El ideal, como ya se indicó, es que los datos sean lo más actuales posibles. Hubiera resultado poco razonable la no inclusión de períodos recientes, tal como se apreciará de la jurisprudencia que se citará más adelante. Lo que ocurrió es que hubo cierta confusión en la información sobre las cifras de las importaciones dadas a conocer, además de las razonables críticas a la decisión de la Comisión de imponer medidas de salvaguardia provisionales. Estas no solo se habrían adoptado en base a información precaria, sino que, a la fecha de dicha decisión, los datos demostraban importaciones similares a las ocurridas hace algunos años. Lo anterior sin entrar a argumentar respecto de la ausencia de una situación crítica, requisito necesario para decretar medidas provisionales.

Finalmente, y no obstante lo anterior, no hay que olvidar que la jurisprudencia de la OMC ha reconocido que las autoridades nacionales competentes gozan de cierta discreción sobre la materia. De hecho, el Acuerdo sobre Salvaguardias no estipula un período que deba considerarse obligatoriamente para determinar si las importaciones han aumentado, ni la legislación chilena difiere del AS a este respecto¹⁸.

C) Se exceptuaron aquellos productos que no resultaban ser similares o directamente competidores y que, por ende, no debieran considerarse en los cálculos

Debiera no perderse de vista que la evaluación sobre el incremento de las importaciones no puede hacerse sobre cualquier producto, sino que debe tratarse de productos que sean similares o directamente competidores a aquellos producidos por la rama de producción nacional respecto de la cual se tiene que probar el daño grave o amenaza de daño grave, tema que se abordará más adelante. En otras palabras, el flujo de las importaciones objeto de análisis debiera circunscribirse no solo a aquellos productos iguales a aquellos para los cuales se pide

¹⁸ Podría eventualmente pensarse que la discusión sobre el período de tiempo a considerar para efecto de evaluar si hubo o no un incremento en las importaciones es un asunto "bizantino", pero no lo es. De hecho, Chile criticó abiertamente a Argentina sobre este tema con ocasión del caso Argentina - duraznos en conserva, WT/DS/238R.

protección, sino también o alternativamente, para aquellos que sean efectivamente sustitutos. Al respecto el AS señala, en la parte final del número 1 del artículo 2, que el aumento de las importaciones deben causar o amenazar causar un daño grave “*a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores*”, lo que se ve ratificado con lo indicado en la letra c) del número 1 del artículo 4 del AS, en que se establece que “para determinar la existencia de daño o de amenaza de daño, se entenderá por ‘rama de producción nacional’ el conjunto de los *productos similares o directamente competidores que operen dentro del territorio de un Miembro* o aquellos cuya producción conjunta o de productos similares o directamente competidores constituya una proporción importante de la producción nacional total de esos productos” (énfasis agregado).

Finalmente, como ya se adelantara con anterioridad, debe considerarse que, por aplicación del principio de paralelismo, debiera tratarse aisladamente (y en definitiva no computarse) aquel monto de importaciones provenientes de países a los cuales se les ha excluido de la aplicación de salvaguardias¹⁹.

En una determinación acertada, la Comisión recomendó no aplicar la medida de salvaguardia a “la harina de trigo cuyo precio CIF sea igual o superior a US\$0,3 / Kilo Neto y que cumpla copulativamente con las siguientes características físico - químicas: fuerza entre 310 - 370, tenacidad entre 80 -100, extensibilidad entre 80 - 110, equilibrio entre 0,8 - 1,1, glúten húmedo 30% como mínimo, glúten seco 10,5% como mínimo y falling number de 320 como mínimo”.

Tal como se manifiesta en la determinación final, “[l]as razones de la excepción radican en el hecho de que dicha clase de harina de trigo presenta características físicas y precios totalmente diversos de la producida en Chile, por lo que no puede considerársele un producto similar o directamente competidor para los efectos de la aplicación de la medida de salvaguardia definitiva aprobada en esta sesión”.

En efecto y tal como lo manifestó una empresa de pizzas en el proceso (dando origen a la excepción indicada), “a nuestro juicio el producto importado y el producto nacional no comparten las mismas características físicas y técnicas, lo trigos chilenos son blandos, de poco gluten y mala calidad: poca fuerza, menos elasticidad (equilibrio inadecuado de la masa para el estirado y horneado), mal comportamiento en la retención de almidón (dsecamiento de la

¹⁹ Ver nota a pie de página número 17.

superficie de la bola refrigerada y endurecimiento de la masa de la pizza por retrogradación del almidón) [...] [En síntesis,] el motivo principal por el cual se prefiere la harina importada radica en ... la combinación de elasticidad y dureza que permite un adecuado estirado y presentación de nuestro producto final”.

Sin perjuicio de su bajísima incidencia, ignoramos, en todo caso, si se descartó del cálculo para el aumento de las importaciones (y demás constataciones) el producto indicado con anterioridad.

D) No basta cualquier aumento en la cantidad de importaciones. Doctrina jurisprudencial

El “leading case” sobre la materia, el cual ha sido objeto de cita e interpretaciones en casi todos los otros casos posteriores en que los órganos de solución de disputas de la OMC se han pronunciado, es aquel relativo a las salvaguardias impuestas por Argentina a la importación de calzados. La orientación que nos plantea el caso indicado es la siguiente:

“A nuestro parecer, la determinación de si se ha cumplido el requisito de las importaciones que “han aumentado en tal cantidad” no es una determinación puramente matemática o técnica. En otras palabras, no es suficiente que una investigación demuestre simplemente que las importaciones de este año han sido mayores a las del año pasado, o a las de hace cinco años. **Repetimos, y se justifica insistir en ello, que no basta cualquier aumento en la cantidad de las importaciones.** Para que se cumpla el requisito a la aplicación de una medida de salvaguardia, las importaciones deben haber aumentado “en tal cantidad” que causen o amenacen causar un daño grave a la rama de producción nacional. A nuestro juicio, esta redacción, utilizada tanto en **el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre Salvaguardias como el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994, requiere que el aumento de las importaciones haya sido lo bastante reciente, lo bastante súbito, lo bastante agudo y lo bastante importante, tanto cuantitativa como cualitativamente, para causar o amenazar con causar un “daño grave”.**” (énfasis agregado)²⁰.

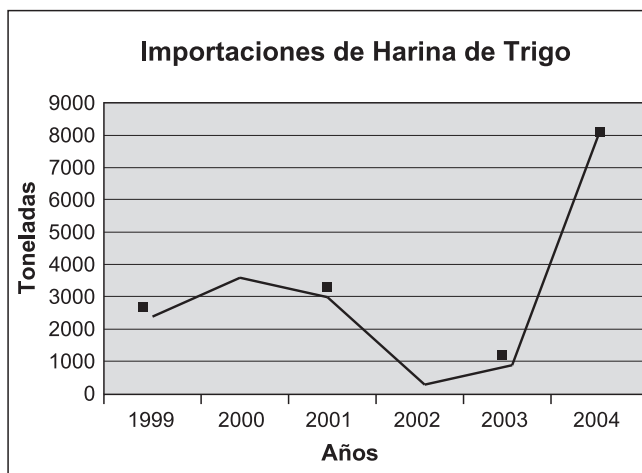
E) No cabe duda que hubo un aumento “cuantitativo” de las importaciones

Los datos del proceso o investigación muestran, efectivamente, que hubo un aumento en el volumen de importaciones de harina de

²⁰ Argentina – Calzado, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 131.

trigo y que estas son recientes e incluso agudas si se miran los datos desde un punto de vista meramente cuantitativo.

A continuación, se mostrará un gráfico de la evolución que han tenido las importaciones:



[Elaboración propia en base a datos recopilados por la Secretaría Técnica de la Comisión]

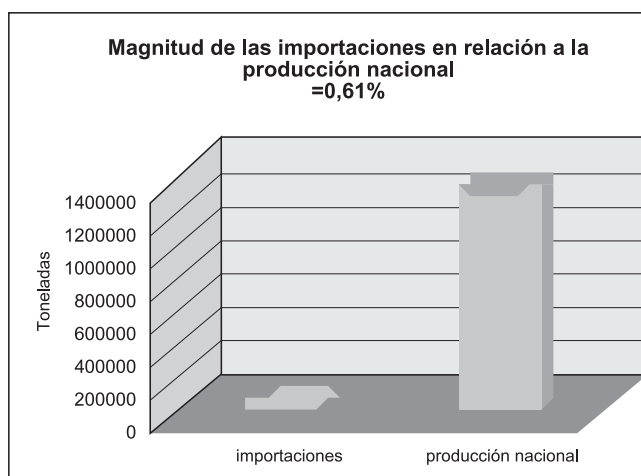
F) Pero, ¿hubo un aumento “cualitativo” de las importaciones? La suficiencia del aumento debe estar en relación con la determinación de la existencia de daño grave o amenaza del mismo.

Cuando se hace referencia al aumento en las importaciones, se asume la necesidad de una valoración subjetiva mas no infundada o arbitraria. Cuando la jurisprudencia de la OMC alude a que no se puede omitir, en la evaluación de este requisito, incurrir en un análisis cualitativo, está colocando el acento en la cualidad o capacidad del incremento de las importaciones para provocar o causar un grave daño actual o inminente. A este respecto, resulta fundamental la debida consideración al aumento de las importaciones en relación al mercado relevante, así como a la fortaleza de la posición de quien alega perjuicio²¹.

Sobre el particular, parece evidente que a pesar que ha habido un aumento cuantitativo de las importaciones, dicho aumento en con-

²¹ Recordar lo manifestado por el Órgano de Apelación en el caso Argentina - Calzado (párrafo 131) en el cual se subrayó la exigencia de que “el aumento de las importaciones haya sido lo bastante reciente, lo bastante súbito, lo bastante agudo y lo bastante importante, tanto cuantitativa como cualitativamente, para causar o amenazar causar un ‘daño grave’” (énfasis agregado).

sideración a la producción nacional de harina de trigo por parte de la rama de la producción que se dice afectada resulta insignificante. A continuación se muestra el gráfico que lo ilustra:



[Elaboración propia en base a datos recopilados por la Secretaría Técnica de la Comisión]

Cuando se realiza el ejercicio de analizar por separado cada uno de los requisitos que se desprenden del AS, se puede favorecer el orden y sistematización de un análisis, pero se corre el riesgo de que no se aprecie debidamente el ensamblaje o concatenación de los diferentes requisitos entre sí. En este sentido, cuando se intenta realizar un examen “cualitativo” del aumento experimentado en las importaciones, inevitablemente se hace un salto hacia el requisito consistente en la *relación de causalidad* (entre el aumento de las importaciones y la existencia de daño grave o amenaza de daño grave).

Considerando lo anterior, tiene juicio lo manifestado en el caso US-Ciertos Productos de Acero²² en donde se reconoce que:

“... a nuestro juicio, el término ‘tal’, que figura en la frase ‘aumentado en tal cantidad’ del párrafo 1 a) del artículo XIX y el párrafo 1 del artículo 2, vincula con toda claridad el aumento de las importaciones con su aptitud para causar daño grave o amenaza de daño grave. (...) [L]as cuestiones de si un aumento de las importaciones ha sido lo bastante reciente, súbito, agudo e importante para amenazar causar un daño grave **son cuestiones a**

²² Estados Unidos - Ciertos Productos de Acero, Informe del Órgano de Apelación, párrafos 346 y siguientes.

las que se responde cuando las autoridades competentes ... llevan adelante el resto de su análisis (es decir, su examen de la existencia o amenaza de daño grave y la relación causal)" (énfasis agregado).

Y, como se intentará demostrar más adelante, el nivel de las importaciones no resulta apto para provocar el efecto requerido según el AS. Así lo ha entendido el voto de minoría, el que advierte que: "las importaciones del producto investigado observadas en los últimos años no son relevantes ya que, medidas en relación a la producción nacional y al consumo aparente, tienen una ponderación muy baja, por lo que es muy difícil y poco probable que estas puedan causar daño a la producción nacional"²³.

En conclusión, más allá de si se puede o no decir que no hubo aumento de las importaciones (mirado en forma aislada al resto de los requisitos que por sistematización se suelen abordar por separado), no cabe duda que el mismo requisito no se cumple si uno lo analiza desde una perspectiva cualitativa, es decir, en consideración a su aptitud para producir un daño grave o amenaza de daño grave a la industria molinera nacional. Esta forma de analizar el requisito de que haya un aumento de las importaciones, lo vincula estrechamente al examen del requisito de la relación de causalidad entre las importaciones y el daño grave o amenaza del mismo.

VI.2) QUE LAS IMPORTACIONES HAYAN AUMENTADO COMO RESULTADO DE LA EVOLUCIÓN IMPREVISTA DE LAS CIRCUNSTANCIAS.

La exigencia que se analizará a continuación implica la demostración de una relación causal específica entre el aumento en las importaciones de un producto determinado y aquella o aquellas circunstancias ocurridas en forma imprevista. Esto representa el primer nexo causal que debe ser probado, ya que existe otro posterior en virtud del cual se hace necesario explicar razonada y suficientemente que el incremento en las importaciones causa como efecto (por sí solo o como una de entre varias causas) una daño grave o amenaza de daño grave a la producción nacional.

A diferencia del AS, el cual no contempla condición alguna referida a la existencia de una evolución imprevista de las circunstancias

²³ Sesión N° 272, p. 2.

(*Unforeseen Developments*), El Art. XIX: 1(a) del GATT de 1994 establece que:

“si como resultado de la **evolución imprevista de las circunstancias** (*unforeseen developments*) y por efecto de las obligaciones incurridas por una parte contratante bajo este Acuerdo, incluyendo la concesión de tarifas, cualquier producto está siendo importado dentro del territorio de una de las partes contratantes en una cantidad incremental tal y bajo circunstancias tales que cause o amenace causar serio daño a la producción doméstica en ese territorio respecto de productos directamente competitivos, la parte contratante será libre, respecto de tal producto, y hasta el punto y por el tiempo que pueda ser necesario para impedir o remediar tal daño, suspender totalmente o en parte la obligación o retirar o modificar la concesión” (énfasis agregado).

Esta condición para la procedencia jurídica de una medida de salvaguardia no solo ha sido discutida en cuanto a su procedencia en el ámbito internacional, cosa que no ocurre en nuestro país por la alusión expresa que el Art. 7º de la Ley 18.525 hace al Art XIX del GATT de 1994, sino que ha significado, en la práctica, una valla muy difícil de superar para las autoridades nacionales, las cuales no cuentan con una guía lo suficientemente clara acerca de cómo evaluar el requisito aludido.

Algunas de las interrogantes que sobre el particular se pueden mencionar son, a modo ilustrativo, las siguientes: ¿Qué significa que haya una evolución imprevista de las circunstancias? ¿Se debe distinguir entre lo imprevisto y lo imprevisible? ¿En base a qué punto en el tiempo debe compararse y verificarse la ocurrencia de hechos imprevistos? ¿Respecto de quién debe ser imprevista la circunstancia? ¿Cuándo se entiende que hay una explicación suficiente y razonada de las autoridades nacionales sobre este requisito? ¿Asumiendo que pueden existir muchos factores causales, deben analizarse todos ellos? ¿Basta con que se evalúe la incidencia del factor causal más importante (que tenga características de “imprevisto”), etc.²⁴.

Durante el curso de la investigación sobre la harina de trigo los siguientes factores se hicieron presente para explicar el aumento en

²⁴ Para una discusión más detallada ver: a) MUELLER, Felix (2003): “*Is the General Agreement on Tariffs and Trade Article IXI ‘Unforeseen Developments Clause’ Still Effective Under the Agreement on Safeguards?*”, *Journal of World Trade* 37(6): 1119-1151; b) LEE Yong-Shik (2003): “*Continuing Controversy on ‘Unforeseen Developments’ - Reviewer’s Note*”, *Journal of World Trade* 37(6): 1153-1157; c) ROMERO, Juan José (2004): “*Regulación de una Cláusula de Escape a la Competencia Internacional: el caso de las salvaguardias*”, ponencia presentada en las Segundas Jornadas de Derecho de la Empresa, P. Univesidad Católica de Chile.

la cantidad de importaciones: a) la revaluación del Euro, circunstancia que le habría quitado competitividad a las harinas europeas frente a las argentinas, dando lugar a un avance de estas últimas en el mercado interno chileno a costa de parte del mercado que ocupaban las primeras; b) la revaluación del peso chileno en relación al dólar y al peso argentino; c) el reordenamiento de la economía argentina luego de la severa crisis de los años 2001 y 2002; d) las atractivas condiciones del mercado chileno para la venta del producto en términos de la gran demanda interna existente, los buenos precios y la posibilidad de captar márgenes más elevados; y e) la pública presión por protección frente a las importaciones, lo que habría provocado (por un tema de expectativas) un anticipo de las importaciones²⁵.

La Comisión fue convencida por la posición de los solicitantes y sostuvo que la evolución imprevista del aumento de importaciones obedeció al sistema de impuestos discriminatorios que opera en Argentina.

La Comisión consideró que:

“la imposición discriminatoria y selectiva de derechos a la exportación en Argentina, constituye una evolución imprevista de las circunstancias y sería el factor que explica el creciente flujo de importaciones de harina de trigo al país.

En efecto, Argentina, mediante las resoluciones N° 11 y N° 35 del Ministerio de Economía e Infraestructura, de marzo y abril de 2002, respectivamente, ha establecido derechos de exportación para el trigo y la harina de trigo, fijados en un 20% desde la última fecha mencionada. No ocurre lo mismo respecto de la exportación de mezclas, que en la práctica no tienen impuestos, producto de un derecho a la exportación de 5% y un reintegro de igual cuantía.

(...)

En consecuencia, la aplicación de impuestos a la exportación de 20% al trigo, y no a las mezclas de harina, creó, por lo tanto, una ventaja competitiva artificial a la industria molinera argentina que les permite acceder a un precio del trigo en ese país un 20% inferior a su valor internacional, situación que no se daría en condiciones de mercado normales”²⁶.

¿Cumple la explicación anterior con el estándar de suficiencia y razonabilidad exigido por la jurisprudencia? ¿Debió la Comisión haberse hecho cargo de aquellos otros factores relevantes a los cua-

²⁵ Ver presentación de la Federación Argentina de la Industria Molinera (FAIM), de fecha 27 de enero de 2005, pp. 24-28, fojas 404-408 del Expediente.

²⁶ Ver Sesión N° 272: p.4-5.

les se les atribuye el aumento de las importaciones? ¿Puede ser imprevista una medida que ocurrió hace dos años y que es equivalente al máximo período de ajuste posible en virtud de la imposición de una medida de salvaguardia en Chile?²⁷.

Las respuestas a interrogantes como las señaladas precedentemente (al igual que otras preguntas) no son evidentes. Tal como lo sostienen algunos autores, la jurisprudencia de la OMC ha proporcionado ciertos criterios, pero no todo lo completos ni claros que se hubiese querido²⁸.

Aun así, vale la pena tener presente ciertas posturas expresadas en el seno de la OMC, las cuales dan cuenta de lo exigente que ha pasado a ser el cumplimiento de la condición en comento.

Chile, por ejemplo, hizo hincapié (en el caso de los duraznos en conserva) en la necesidad de que las autoridades argentinas competentes hubieran identificado en el expediente respectivo, en atención a lo manifestado en la segunda oración del Art. XIX²⁹, cuáles eran las expectativas razonables de la autoridades argentinas al momento de otorgar las concesiones arancelarias y cuándo sucedió esto último. Solo así, según se planteaba, resultaba posible poder verificar si se estaba o no ante un evento imprevisto³⁰.

De hecho, tan exigente puede ser el estándar de suficiencia y razonabilidad requerido, que en el conocido caso de las Salvaguardias a ciertos productos de acero impuestos por los Estados Unidos, el Grupo Especial no quedó satisfecho con la constatación sobre la existencia de un evolución imprevista de las circunstancias en atención a que las autoridades pertinentes deberían haber determinado en forma precisa cuánto se incrementaron las importaciones en cada una de las veintisiete 'industrias' de acero, como resultado de la crisis financiera asiática y la caída en la demanda por acero en la Unión Soviética. Luego, deberían haber analizado si este incremento causó o amenazó causar un daño grave a la industria relevante (así como proporcionar un análisis 'de no atribución' convincente)³¹. Tal tipo de análisis parece aludir, en pala-

²⁷ En nuestro país una medida de salvaguardia se puede imponer por un plazo máximo de un año, con la posibilidad de prórroga por otro año más.

²⁸ Ver, por ejemplo, a MUELLER, Felix (2003) o a LEE Yong-Shik (2003).

²⁹ "... y por efecto de las obligaciones incurridas por una parte contratante bajo este Acuerdo..."

³⁰ Ver Argentina - duraznos en conserva, párrafo 4.37, p.17.

³¹ Estados Unidos - Ciertos Productos de Acero, informe del Grupo Especial, párrafo 10.128, reproducido y ratificado por el Órgano de Apelación en párrafo 309. En lo

bras de Alan O. SYKES, a un modelo de equilibrio global general para cada segmento del mercado del acero, de modo que el efecto de eventos en mercados foráneos particulares tales como el asiático y el soviético (cuando existía como tal) puedan ser simulados con precisión. Si ese tipo de análisis es el requerido, el tiempo y gasto involucrado sería enorme, la precisión de tal ejercicio sería también objeto de considerable duda debido a lo controversial de algunos supuestos que inevitablemente se tendrían que utilizar, sin considerar la carencia de información relevante para estimar los parámetros del modelo³².

En último término y más allá de otras consideraciones sobre las que pudiéramos explayarnos, debe reconocerse que, sin perjuicio de lo equivocado que resulta aplicar salvaguardias para casos de eventual competencia desleal (y sin entrar en detalles doctrinarios), los solicitantes lograron explicar razonablemente bien el mecanismo causa-efecto que opera entre el sistema argentino de impuestos diferenciados a las exportaciones y el aumento de las importaciones³³.

En todo caso, habría sido útil, para evitar que nuestro país tenga que dar explicaciones *ex post* en caso de ser requerido ante la OMC, que si la Comisión efectivamente llegó al convencimiento acerca de que los impuestos diferenciados a las exportaciones argentinas (trigo / harina de trigo) son causantes del incremento de importaciones, hubiera hecho suyo la extensa argumentación de los solicitantes sobre el particular. El parámetro jurisprudencial en el sentido de que la explicación debe ser suficiente y razonada así lo amerita.

VI.3) DAÑO GRAVE O AMENAZA DE DAÑO GRAVE Y SU RELACIÓN CAUSAL CON EL AUMENTO DE LAS IMPORTACIONES

... Que causen o amenacen causar un grave daño a la rama de la producción nacional que produce productos similares o directamente competidores.

referente a la especificidad de la demostración de causalidad, ver árrafo 306 del informe del Órgano de Apelación.

³² SYKES, Alan O. (2004): p. 37.

³³ De hecho, el esfuerzo por parte de los solicitantes de explicar el porqué de los aumentos a las importaciones, puede llegar a considerarse asimétrico o desproporcionado en atención al poco desarrollo, por parte de los mismos, del resto de los requisitos exigidos.

La debilidad de la decisión de la Comisión, así como de la posición de la industria molinera, se hace especialmente patente cuando se revisa este requisito. Es posible sostener que el análisis que hace la Comisión es escaso y equivocado. A continuación se explicará en qué consiste el requisito de existir daño grave o amenaza de daño grave, para posteriormente evaluar y contrastar las conclusiones de la Comisión y la posición de la industria molinera con lo exigido a la luz del texto del AS y de la jurisprudencia de la OMC.

A) Concepto de daño grave

De acuerdo al texto del AS, se entenderá que hay “daño grave” cuando existe un **menoscabo general significativo** de la situación de una rama de la producción nacional (párrafo 1, Art. 4 AS). Interpretando la definición proporcionada en el AS, la jurisprudencia ha sostenido que

“solo cuando se ha evaluado la situación general de la rama de producción nacional, a la luz de todos los factores pertinentes que tengan relación con la situación de dicha rama de producción, puede determinarse si se ha producido un “menoscabo general significativo” de la situación de dicha rama de producción”³⁴.

B) Concepto de amenaza de daño grave

En lo que respecta a la noción de amenaza de daño grave, el aludido párrafo 1 del Art. 4 del AS, señala que se entenderá por tal, la **clara inminencia** de un daño grave, la cual se basará en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas.

El criterio jurisprudencial de la OMC en relación con el requisito de inminencia del daño grave (elemento constitutivo de la definición de amenaza de daño grave), ha sido el siguiente:

“La primera oración del párrafo 1 b) del artículo 4 del Acuerdo sobre Salvaguardias dice claramente que la rama de producción nacional debe hacer frente a un “daño grave” –definido con referencia a los factores del daño enumerados en el párrafo 2 a) del mismo artículo– del cual exista una “clara inminencia”. El sentido corriente de “imminent” (inminente) entraña que *el menoscabo general significativo de la rama de producción* debe estar “**a punto de ocurrir**” “ready to take place” o “be impending, soon to hap-

³⁴ Argentina - Calzado, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 139.

pen... event, especially danger or disaster" (**ser un acontecimiento que debe ocurrir en breve, especialmente un peligro o desastre**). El daño inminente que amenaza ocurrir debe ser "grave" (énfasis agregado)³⁵.

Corroborando y complementando la apreciación anterior formulada por el Grupo Especial en el caso Estados Unidos - Carne de Cordero, el Órgano de Apelación ha expresado que:

"Volviendo a la expresión "amenaza de daño grave", observamos que esta expresión se refiere a un "daño grave" que aún no ha ocurrido, sino que es un acontecimiento futuro cuya efectiva materialización no puede, en realidad, asegurarse con certidumbre. Observamos también que el párrafo 1 b) del artículo 4 se basa en la definición de "daño grave", estableciendo que, para constituir una "amenaza", debe tratarse de la "clara inminencia" de un daño grave. El término "inminencia" precisa temporalmente el momento en que es probable que la "amenaza" se materialice. El empleo de esta palabra supone que **el "daño grave" previsto debe estar a punto de producirse**. Además, consideramos que la palabra "clara", que califica el término "inminencia", indica que **debe haber un alto grado de probabilidad de que el daño grave previsto se materialice en un futuro muy próximo**. Observamos asimismo que el párrafo 1 b) del artículo 4 dispone que toda determinación de la existencia de una amenaza de daño grave "se basará en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas" (sin cursivas en el original). En nuestra opinión, el término "clara" se refiere también a la **demonstración fáctica de la existencia de la "amenaza"**. Por lo tanto, la expresión "clara inminencia" indica que, como cuestión de hecho, debe resultar manifiesto que la rama de producción nacional está a punto de sufrir un daño grave" (énfasis agregado)³⁶.

C) No es suficiente que se pruebe la existencia de un daño o de un daño importante (o amenaza de los mismos). Lo que se exige es un muy alto estándar de daño

Requisito más exigente que en materia de dumping y subvenciones.

Es posible sugerir tal conclusión de la sola revisión del texto aplicable a cada una de las medidas. Como se desprende del tenor literal del Acuerdo Antidumping comparado con el Acuerdo sobre Salvaguardias, en el primero se exige un estándar de "*daño importante*" mientras que en el segundo se utiliza la expresión "*daño grave*". Esto tiene lógica si se considera el carácter excepcional y de emergencia del recurso de salvaguardia, el cual se refiere a

³⁵ Estados Unidos - Carne de Cordero, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.127;

³⁶ Estados Unidos - Carne de Cordero, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 117.

situaciones de competencia leal, en contraste con casos de dumping o subsidios (subvenciones) en donde se atacan casos de competencia ilegítima.

Debiera tenerse especial cuidado en la consideración de lo que significa y representa un daño grave (o amenaza del mismo). No basta con que exista un daño, así como tampoco que el daño que se sufre sea importante. Se requiere probar que se ha ocasionado un daño extraordinariamente serio (grave) a la industria en su generalidad.

Esta apreciación ha sido respaldada por la jurisprudencia de la OMC, la cual en el caso Estados Unidos - Carne de Cordero ha sostenido que:

“El criterio relativo al “daño grave” establecido en el párrafo 1 a) del artículo 4 es aparentemente muy estricto. (...) en el asunto *Estados Unidos - Salvaguardia respecto del gluten de trigo*, señalamos que este criterio era riguroso³⁷. Además, observamos a este respecto que la palabra “daño” es calificada por el adjetivo “grave”, lo que, en nuestra opinión, subraya el alcance y el grado del “menoscabo general significativo” que debe sufrir la rama de producción nacional, o que debe estar próxima a sufrir, para que se cumpla el criterio. Se corrobora nuestra opinión de que **“el criterio relativo al “daño grave” que figura en el Acuerdo sobre Salvaguardias es muy estricto si comparamos este criterio con el relativo al “daño importante” establecido en el Acuerdo Antidumping, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias** (el “Acuerdo SMC”) y el GATT de 1994³⁸. Consideramos que la palabra “grave” connota un criterio relativo al daño mucho más estricto que el término “importante”³⁹. Además, estimamos que coincide con el objeto y fin del *Acuerdo sobre Salvaguardias* el hecho de que el criterio relativo al daño para la aplicación de una medida de salvaguardia sea más estricto que el criterio relativo al daño en el caso de las medidas antidumping o compensatorias, ...” (énfasis agregado)⁴⁰.

³⁷ Estados Unidos - Gluten de Trigo, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 149.

³⁸ El “daño importante” es el criterio establecido en el artículo VI del GATT de 1994, los artículos 5 (nota 11 de pie de página) y 15 (nota 45 de pie de página) del *Acuerdo SMC* [Acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias] y el artículo 3 (nota 9 de pie de página) del *Acuerdo Antidumping*.

³⁹ Nuestra opinión de que el criterio de “daño grave” es más estricto que el de “daño importante” se ve corroborado por las versiones francesa y española de los acuerdos pertinentes, en los que los términos equivalentes son, respectivamente, *dommage grave* y *dommage important*; y *daño grave* y *daño importante*.

⁴⁰ Estados Unidos - Carne de Cordero, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 124.

D) El estándar de daño es el mismo independiente de si se trata de uno actual o de una amenaza

En el caso de alegarse una amenaza de daño el estándar no tiene por qué ser menor. En Estados Unidos - Carne de Cordero, el Órgano de Apelación destacó lo elevado del estándar para ambos casos, recalcando, además, que la evaluación de los factores de daño tiene que hacerse teniendo dicho estándar en consideración:

“Recordamos que en el asunto Argentina - Salvaguardia respecto del calzado declaramos que “es fundamental que un grupo especial tenga en cuenta la definición de “daño grave” que figura en el párrafo 1 a) del artículo 4 del Acuerdo sobre Salvaguardias en su examen de cualquier determinación del ‘daño grave’”⁴¹. Esto es también cierto en el caso de la definición de la “amenaza de daño grave” que figura en el párrafo 1 b) del artículo 4 de dicho Acuerdo. Por lo tanto, al formular una determinación sobre la existencia de “daño grave” o sobre la “amenaza” de daño grave, los grupos especiales deben tener siempre presente que el criterio relativo al daño que suponen estas expresiones es muy estricto”⁴².

De la explicación que la jurisprudencia ha realizado del texto del AS sobre el particular debiera quedar claro que el estándar de exigencia es mayor que el aplicado por la Comisión, como se explicará con detalle en el punto siguiente.

E) Comentarios a las conclusiones de la Comisión sobre la existencia de daño grave o amenaza de daño grave***– El sujeto del daño debe ser la industria molinera que produce harina de trigo***

Como reflexión preliminar, llama la atención que se haga tanta referencia, por parte de los solicitantes, al eventual daño que sufrirían los agricultores, sobre todo en atención que el daño o amenaza de daño debe demostrarse respecto de otra rama de la producción (en este caso la industria molinera), algo que la Comisión tuvo, en todo caso, claro.

Para efectos analíticos, conviene, hacer presente que el sujeto del daño debe ser una industria específica que produce productos tam-

⁴¹ Argentina Calzado, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 139.

⁴² Estados Unidos - Carne de Cordero, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 126.

bién específicos. Conviene mencionarlo no solo por las abundantes referencias al perjuicio a la industria del trigo que estaría ocasionando la práctica argentina de impuestos diferenciados a las exportaciones, sino porque, efectivamente, ha habido casos en que este tema se ha ventilado en la OMC. Por ejemplo, en el caso Estados Unidos - Carne de Cordero, Australia y Nueva Zelandia sostuvieron que la agencia norteamericana USITC había interpretado erróneamente la expresión “rama de la producción nacional”, al incluir en él a los criadores y establecimientos de engorda de corderos en pie aunque no produjeran carne de cordero, que era el producto en litigio. A este respecto, el reporte del panel o grupo especial fue enfático al afirmar que:

“No encontramos ningún fundamento en el texto de esta frase [“productores de los productos similares o directamente competidores”] para considerar que un productor que no produce el producto en cuestión, pero produce una materia prima o un insumo que se utiliza para producir ese producto, pueda ser considerado, sin embargo, productor de ese producto”⁴³.

– Fundamentación escueta, insuficiente e inconexa respecto de la existencia de daño grave y amenaza de daño grave (comentario general inicial)

A la Comisión se le exigía cumplir con aspectos formales y sustantivos⁴⁴. Por un lado estaba la necesidad de que recopilara los datos pertinentes sobre los factores de daño relativos a la industria molinera⁴⁵. Por otro lado, se encontraba la exigencia de analizar los antecedentes y evaluar si se cumplía o no con la condición de existir un daño grave o una amenaza del mismo. La Comisión cumplió con la primera parte, mas no con la segunda, tanto en consideración a la falta de profundidad del análisis como a la equivocada atención de lo que realmente se exige por el AS.

⁴³ Estados Unidos - Carne de Cordero, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.67.

⁴⁴ En primer lugar, el grupo especial debe examinar si las autoridades competentes, como cuestión formal, han evaluado todos los factores pertinentes, y en segundo lugar, debe examinar si dichas autoridades, como cuestión sustantiva, han dado una explicación fundamentada y suficiente de la forma en que los hechos respaldan sus determinaciones” (énfasis agregado) [US - Lamb Meat, Órgano de Apelación, párrafo 141].

⁴⁵ “el párrafo 2 a) del artículo 4 del Acuerdo sobre Salvaguardias requiere una demostración de que las autoridades competentes han evaluado, como mínimo, cada uno de los factores enumerados en el párrafo 2 a) del artículo 4 así como todos los demás factores pertinentes para la situación de la rama de producción interesada” (énfasis agregado). [Argentina- Calzado, Informe Órgano de Apelación, párrafo 136].

Más allá de lo anecdótico del punto anterior (sobre quién tiene que ser el sujeto pasivo de daño), el cual podría ser reflejo de la debilidad en acreditar este requisito respecto de la industria molinera, conviene partir afirmando que en menos de una página la Comisión intenta evaluar la eventual existencia de daño grave o amenaza del mismo. No obstante, la mayor parte de la exposición responde a una descripción breve de las cifras respecto de ciertos parámetros o factores de daño. Lo que más llama la atención, es que luego de tal descripción no se realiza explicación alguna de cómo las constataciones se relacionan entre sí, ni menos de si los datos aportados constituyen un reflejo de la existencia de daño grave o no para la industria nacional.

– Los datos no muestran una situación de daño o menoscabo, ni menos de gravedad, respecto de la industria molinera

En todo caso, la respuesta que habría correspondido es que los datos recabados no reflejan una situación de daño grave a la industria molinera. Solo a modo ilustrativo y sin pretender aportar con un análisis alternativo, propiamente tal, para que la Comisión hubiese llegado demostrar la existencia de daño grave (que como es posible apreciar de la jurisprudencia citada implica un muy alto estándar de menoscabo) habría tenido que explicar, primero que todo, por qué la industria molinera muestra utilidades. Además, habría tenido que esforzarse –posiblemente sin éxito– en demostrar por qué la mayoría de los factores analizados muestran una situación positiva para la industria mencionada y, aún así, colegir que se está ante una situación de daño, y no uno cualquiera, sino de uno grave⁴⁶:

Utilidades	+	Precios domésticos ⁴⁷	-
Producción nacional	+	Costos de producción	-

⁴⁶ Obviamente todos los factores de daño deben evaluarse en su conjunto. Una evaluación de cada uno de los factores enumerados no tiene por qué demostrar necesariamente que cada uno de ellos está disminuyendo. Siendo esto cierto, no resultará fácil, en todo caso, demostrar daño grave cuando la tendencia es inversa, es decir, cuando hay muchos más signos positivos que negativos.

⁴⁷ De acuerdo a los datos observados por la Comisión, los “precios domésticos en UF de la harina de trigo experimentan una variación anual negativa de 4% en el año 2004”, lo que implica, en términos generales según la misma Comisión, que “el nivel de los precios domésticos de la harina no muestra variaciones relevantes y se mantiene en un nivel estable durante todo el período”. Esta muy leve baja es expli-

Ventas totales	+	Inventarios	-
Consumo aparente	+		
Capacidad instalada	+		
Empleo	+		
Productividad	+		

La jurisprudencia ha sostenido que el aumento de las importaciones normalmente debería *coincidir* con una disminución de todos los factores de daño pertinentes:

“... si la relación de causalidad está presente, el aumento de las importaciones normalmente debería coincidir con una disminución de todos los factores de daño pertinentes. Si bien tal coincidencia por sí sola no puede probar la existencia de una relación de causalidad (porque, entre otras cosas, el artículo 3° exige una explicación, es decir, “las constataciones y las conclusiones fundamentadas”), su ausencia podría despertar serias dudas con respecto a la existencia de dicha relación, y exigiría un análisis muy preciso de las razones por las cuales sigue existiendo la relación de causalidad”⁴⁸.

Obviamente todos los factores de daño deben evaluarse en su conjunto. Una evaluación de cada uno de los factores enumerados no tiene por qué demostrar necesariamente que cada uno de ellos está disminuyendo. Siendo esto cierto, no resultará fácil, en todo caso, demostrar daño grave cuando la tendencia es inversa, es decir, cuando hay muchos más signos positivos que negativos.

De hecho, lejos de apreciarse un daño (y menos uno grave), se vislumbra más bien, en palabras del voto de minoría, una “industria doméstica [que] presenta niveles de producción y de ventas crecientes en los últimos años, así como resultados financieros positivos”.

cada por los representantes de la industria molinera argentina del siguiente modo: “los precios de harina, si bien descendieron lo hicieron en menor proporción que los precios del trigo, (...) o sea que si la industria local tuvo que bajar los precios no lo fue por causa de las importaciones sino simplemente porque siguió la ley de variación del trigo, aunque quedó en ventaja frente al mismo, ...” [Ver fojas 381 del Expediente].

⁴⁸ Argentina - Calzado, Informe del Grupo Especial, párrafos 8.237 y 8.238. Raciocinio ratificado por el Órgano de Apelación; ob. cit.; párrafo 145.

– Se alega por los solicitantes y se concluye por la Comisión que existe una amenaza de daño grave

No solo la Comisión no colige que ha existido daño grave, sino que la industria molinera evita –en su solicitud– referirse sobre el particular. Pero ante la ausencia de daño grave no todo está perdido. Podría cumplirse con el requisito demostrando una amenaza de daño grave, sin embargo, y por las razones que se expondrán, la fundamentación es insuficiente y equivocada.

– Se aprecia una Ausencia de conexión razonada entre el análisis de los factores y la amenaza de daño grave reclamada

Lo postulado por Chile en otros foros resulta categórico en el sentido de que “el Miembro tiene que demostrar que se ha producido una amenaza de daño grave proveyendo una explicación razonada y adecuada acerca de cómo los factores analizados apoyan esa determinación”⁴⁹. Es decir, el análisis de los factores de daño y la explicación correspondiente no solo resulta de utilidad para verificar la constatación de daño grave, sino que constituye un requisito para la verificación de la amenaza del mismo, cosa que no se vislumbra de la actuación de la Comisión. No se vislumbra un nexo lógico entre la lo manifestado al transcribirse los datos sobre los factores y las conclusiones sobre la existencia de una amenaza de daño grave a la que se arriba En una argumentación que calzaría muy bien al caso de la Harina de Trigo, Chile sostuvo que “una cosa es registrar datos en cuadros estadísticos –como lo han hecho las autoridades competentes–, y otra cosa muy diferente es que esos datos o factores sean analizados adecuada y razonadamente a efectos de explicar y demostrar el modo en que apoyan una determinación”⁵⁰.

– Del razonamiento de la Comisión se percibe una brusca separación entre la concepción de daño grave y la amenaza del mismo, pero no es irrelevante para la constatación de una amenaza la inexistencia de daño o daño grave

La desconexión argumentativa entre la exposición de los datos correspondiente a los distintos factores y la explicación de por qué

⁴⁹ Argumentación de Chile en el caso Argentina - duraznos en conserva, Párrafo 4.57, p. 25.

⁵⁰ Argumentación de Chile en el caso Argentina - duraznos en conserva, Párrafo 4.61, p. 26.

existiría una amenaza de daño grave da lugar no solo a un vicio en sí mismo, sino que refleja un equivocado entendimiento de la cercanía en el tiempo que implica que exista tal amenaza, así como de la potencial severidad en el daño que involucra.

Para que haya amenaza de daño grave, el menoscabo general significativo de la rama de producción debe estar “a punto de ocurrir”. El daño grave previsto debe estar a punto de producirse. Ni siquiera basta que haya inminencia, lo que ya implica una exigencia no susceptible de ser cumplida dado los hechos constatados, sino que dicha inminencia debe ser “clara”. Es decir, la expresión “clara inminencia” indica que, como cuestión de hecho, debe resultar manifiesto que la rama de producción nacional está a punto de sufrir un daño grave.

No hay que olvidar que en el caso de alegarse una amenaza de daño el estándar sigue siendo exigente o severo. Si lo que se exige es la amenaza de un daño grave, no basta que se tema la ocurrencia de un daño o de uno importante. Y si se exige, además, una clara inminencia, resulta abiertamente inconsistente que, en contraste, la industria reclamante muestre resultados positivos. Mucha agua debiera correr para que se pueda hablar en los términos requeridos.

– La Comisión confunde lo que es una amenaza de aumento de las importaciones con una amenaza de daño grave

Se señaló, con anterioridad, que la Comisión había sido escueta en su fundamentación respecto de la existencia de daño grave o amenaza de daño grave. Más allá de la resumida transcripción a palabras de algunos datos recopilados, la fundamentación propiamente tal de la existencia de amenaza de daño grave por parte de la Comisión se redujo a dos párrafos, los cuales, como se intentará demostrar, resultan equivocados en sus bases.

En efecto, el reflejo último de la errada apreciación que tuvo la Comisión al evaluar este requisito radica en confundir lo que es una amenaza de aumento de las importaciones, con una amenaza de daño grave:

“En relación con la amenaza de daño, la Comisión tiene presente que el ritmo y la cuantía del aumento de las importaciones de harina de trigo, clasificadas en el código arancelario 1101.0000, en los últimos años, y la posibilidad real de que estas importaciones –sustentadas en una ventaja artificial que implica costos de producción un 15% menores– podrían tener

una incidencia negativa en los niveles de venta, la producción, la utilización de la capacidad instalada y rentabilidad de la industria molinera nacional.

Asimismo, si otros destinos relevantes aplican medidas a las exportaciones de harina de trigo argentina, clasificadas en el código arancelario 1101.0000, existiría una amenaza de desviación del comercio, donde los excedentes del producto se destinen hacia Chile, lo cual se suma a que como se ha señalado, Chile es aún un origen poco relevante para los exportadores de harina de trigo argentino, con solo un 5% del total de sus envíos aproximadamente”.

Igual error se cometió en la solicitud de salvaguardias por parte de la industria molinera, en donde se aprecia que la única idea en la que se basa la supuesta constatación de amenaza de daño grave es la siguiente:

“[la inminencia de un daño grave] se constata con el ritmo y la cuantía del aumento de las importaciones de mezclas de harina en los últimos años y la posibilidad real de que estas importaciones, sustentadas en una ventaja artificial que implica costos de producción un 15% menores, tengan una incidencia negativa en los niveles de ventas, la producción, la utilización de la capacidad instalada y rentabilidad de la industria molinera nacional.

En este sentido, los mismos antecedentes demuestran que la ocurrencia de este daño grave, que se justifica prevenir con la imposición de salvaguardia, no es una posibilidad remota o alguna conjetura sino que es una probabilidad”.

Como se puede apreciar de las conclusiones de la Comisión, así como de las aseveraciones de la industria molinera nacional, no se teme del actual aumento real de las importaciones, sino del eventual aumento futuro de las mismas. La jurisprudencia de la OMC ha sido clara en afirmar que no es suficiente que exista una amenaza de aumento de las importaciones para demostrar la existencia de una amenaza de daño grave:

“... La determinación de la existencia de una amenaza de daño grave debida a la amenaza del aumento de las importaciones equivaldría a una determinación basada en una alegación o conjetura y no una constatación basada en hechos, como lo exige el párrafo 1 b) del artículo 4”⁵¹.

Esta exigencia de que la amenaza no sea con respecto a las importaciones, sino sobre un daño grave general a la industria, propiamente tal, se encuentra en armonía con lo que hemos ma-

⁵¹ Argentina - Calzado, Informe del Grupo Especial, párrafo 8.284.

nifestado más arriba en lo relativo al *timing* que involucra hablar de una “clara inminencia” y de que esta se refiera no a cualquier daño, sino a una situación de grave menoscabo general de la rama de la producción nacional, la cual se encuentra muy lejos de tal situación.

Íntimamente relacionado con lo anterior se encuentra la constatación, ya señalada con anterioridad, de que las importaciones representan una porción ínfima e insignificante de la producción nacional de harina de trigo. Igual cosa ocurre cuando se hace la comparación con el consumo aparente. Bien podría sostenerse que aunque se haya demostrado la existencia de un aumento en las importaciones, este no es significativo en atención a la situación de la industria nacional y a su capacidad para provocarle un daño grave actual o claramente inminente.

En efecto, y tal como lo reconoce la Comisión al referirse a la relación de causalidad que debe existir entre un aumento de las importaciones y la existencia de daño grave actual o inminente (amenaza), “la participación de las importaciones de harina de trigo en el consumo aparente alcanza al 0,32% en el período enero-junio 2004”⁵². Ante tal antecedente, cabe preguntarse qué efecto gravemente nocivo o desastroso pueden estar teniendo ahora o en el futuro muy inmediato las importaciones⁵³.

De hecho, en términos del análisis de causalidad referido, los datos llegan a ser incluso desafiantes. Los representantes de la industria molinera argentina argumentaron agudamente que “[d]e los cuatro años presentados en dicho informe, tres presentan utilidad y uno presenta pérdida. El que presenta pérdida es el año 2002, en el que se importaron 633 Ton. de harina. El año que presenta la utilidad más baja es el 2003, en el que se importaron 1.559 Ton. Y los dos años que presentan mayor ganancia son el 2001 y el 2004, años en que según la estadística se importaron mayores volúmenes, aunque repetimos no más del 0.6% del mercado. Si obtenemos conclusiones de causa efecto de este cuadro podríamos concluir que a la industria molinera chilena le conviene que existan importaciones de

⁵² Sesión N° 272, p. 6.

⁵³ De hecho, en el caso de las salvaguardias de Argentina a los duraznos en conserva Chile sostiene que no justifica la existencia de una amenaza de daño grave el hecho que el porcentaje de participación en el consumo aparente haya disminuido en menos de 6% en el mismo año (ver párrafo 4.82). En el caso de la harina de trigo la disminución ha sido de menos de 1%.

harina, ya que a mayor importación mayor ganancia". Ciertamente, repugna a la lógica que los molineros chilenos aplaudan la aparición (por insignificante que sea) de competidores. Pero resulta del todo evidente que según los datos actuales no es posible demostrar la existencia de la relación causal requerida.

VII. LA INDUSTRIA DOMÉSTICA DEBE REQUERIR DE UN AJUSTE QUE, EN ÚLTIMO TÉRMINO, JUSTIFIQUE LA ADOPCIÓN DE UNA SALVAGUARDIA DESTINADA A "FACILITAR EL AJUSTE"

Tanto en el preámbulo del AS como en el artículo 5 del mismo acuerdo se hace referencia a la finalidad de permitir un reajuste de la industria protegida por las salvaguardias⁵⁴.

Respecto de este tema, resulta de interés preguntarse, cuáles serán las medidas internas que adoptará la industria que busca protección por un tiempo determinado. Subyacente a una petición de salvaguardia, está la existencia de una situación interna de la industria que requiere de ajustes, para, precisamente, poder competir en mejores condiciones en el futuro.

Es de la esencia de un tema como el de las salvaguardias, que se acredite y pruebe que haya una razonable esperanza o perspectiva de que un período de protección posibilitará que la industria se recupere y pueda competir con las industrias foráneas. Más aún, debe tenerse en cuenta que el período de "recuperación", según la legislación chilena, es más breve que el máximo permitido por el AS.

"Aunque hay referencias al reajuste de la rama de producción en dos de sus disposiciones⁵⁵, nada en el texto del Acuerdo sobre Salvaguardias sugiere que se exige el examen de un plan de reajuste concreto antes de que se pueda adoptar una medida. **Creemos, en cambio, que la cuestión del reajuste**, junto con la cuestión de la prevención o reparación del daño

⁵⁴ El artículo 5.1 del AS dispone que "un Miembro solo aplicará medidas de salvaguardia en la medida necesaria para prevenir o reparar el daño grave y facilitar el reajuste. Si se utiliza una restricción cuantitativa, esta medida no reducirá la cuantía de las importaciones por debajo del nivel de un período reciente, que será el promedio de las importaciones realizadas en los últimos tres años representativos sobre los cuales se disponga de estadísticas, a menos que se dé una justificación clara de la necesidad de fijar un nivel diferente para prevenir o reparar el daño grave. Los Miembros deberán elegir las medidas más adecuadas para el logro de estos objetivos" (énfasis agregado).

⁵⁵ Artículos 5 y 7 del Acuerdo sobre Salvaguardias.

grave, **debe formar parte de la explicación razonada, ofrecida por las autoridades, de la medida que han decidido aplicar.** No obstante, observamos que el examen de un plan de reajuste, en el contexto de la aplicación de una medida de salvaguardia, constituiría una prueba convincente de que las autoridades han examinado si la medida guardaba proporción con el objetivo de prevenir o reparar el daño grave y facilitar el reajuste" (énfasis agregado)⁵⁶.

Sin perjuicio que el Órgano de Apelación solo exigió tal justificación para aquellos casos de medidas de salvaguardia que implicaran determinados tipos de restricciones cuantitativas, cosa que no ocurre en el caso en comento, resalta un elemento que está en el centro de la justificación de este mecanismo: facilitar el ajuste de la industria doméstica, lo que implica, en primer lugar, que tiene que haber algo que ajustar. Dicho elemento "finalista" no se aprecia en modo alguno, lo que reafirma la posición aquí sustentada de que las salvaguardias como medida jurídica excepcional de protección frente a la competencia externa no aparecen jurídicamente idóneas para solucionar el problema que motivó su solicitud.

En el caso que se comenta, no existió plan de reajuste o reestructuración alguno que justifique este tiempo protegido de importaciones, ni probablemente existirá en el futuro. Si transcurrido el año, la industria doméstica se encuentra en la misma situación sin que nada haya cambiado al interior de ella, la medida de salvaguardia concedida habrá perdido toda su significación como cláusula legítima de escape a la competencia externa. Al final lo probable será que, transcurrido el año, se sigan buscando maneras de protegerse, vulnerando el sentido de la medida adoptada y el derecho que la informa.

VIII. EXAMEN DE MÉRITO DE LAS SALVAGUARDIAS SOLICITADAS –DESDE UNA PERSPECTIVA DE INTERÉS PÚBLICO– MÁS ALLÁ DEL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES LEGALES MÍNIMAS.

Aunque se haya demostrado satisfactoriamente que se ha cumplido con los requisitos impuestos por ley para que una medida de salvaguardia sea susceptible de ser adoptada, resultará necesario, desde el punto de vista de las políticas públicas, la justificación de su conveniencia desde el punto de vista del interés público. Para tal

⁵⁶ Corea - Productos Lácteos, Informe del grupo especial; párrafo 7.108.

efecto se debe realizar un ejercicio de ponderación en uso del espacio de discreción del cual está premunida la Comisión y, desde luego, el Presidente de la República, quien, cabe hacer notar, siempre ha seguido el parecer de la Comisión, la que cuenta con mayoría de representantes de confianza del gobierno.

No puede olvidarse que las salvaguardias constituyen una medida de escape a la competencia externa legítima. Habrá, a menudo, una serie de preguntas rondando la decisión de la autoridad, tales como: ¿Por qué una empresa o grupo de empresas merecen ser beneficiadas a costa de otras a las cuales necesariamente se les perjudicará? ¿Se tiene conciencia que existen costos escondidos como aquellos derivados del derecho de los países perjudicados a obtener compensaciones? Etc.

Hasta aquí en este trabajo se ha intentado explicar por qué la medida de salvaguardia recomendada primero por la Comisión y decretada después por el Presidente de la República es una herramienta equivocada (tanto por su naturaleza como por la no concurrencia de los requisitos legales) para remediar el problema declarado por la industria molinera y que, según ellos, les aquejaría.

El planteamiento que brevemente se quiere exponer a continuación consiste en que aunque se hubiesen cumplido con todas las condiciones jurídicas exigidas y, por ende, la herramienta utilizada (medida de salvaguardia) no fuera equivocada, el propósito de protección mismo de la medida es discutible. En efecto, el cumplimiento de los requisitos legales hace jurídicamente posible la adopción de una medida de salvaguardia, pero no la hace, necesariamente, conveniente para el país a la luz de las políticas públicas. En este sentido, estimamos que el caso de las salvaguardias es diferente que los casos de dumping o de subvenciones, ya que subyacente a estos últimos existe una violación a las normas sobre competencia leal directa e injustamente perjudicial a una rama de la producción nacional. Podría, efectivamente, argüirse que incluso ante casos de subvenciones y dumping las medidas de corrección (derechos compensatorios y derechos antidumping)⁵⁷ podrían no ser eficientes en términos del bienestar general de la sociedad, ya que, por ejemplo, muchos se beneficiarían de las importaciones a bajo precio⁵⁸. En

⁵⁷ En el caso de las subvenciones podría, alternatively, solicitarse a la OMC la declaración de incompatibilidad con el Acuerdo sobre Subvenciones del subsidio estatal correspondiente, sin necesidad de intentar la aplicación de un derecho compensatorio.

⁵⁸ Ver a SYKES, A. (2003): "The Economics of WTO on subsidies and countervailing duties", John M. Olin Law & Economics Working Paper N° 186 (2d Series), University of Chicago Law School, June 2003, <<http://www.lawuchicago.edu/Lawecon/index.html>>

nuestra opinión dicho tipo de argumentación parte de un supuesto difícil de aceptar consistente en la validación del beneficio de muchos derivado del tratamiento injusto o ilegítimo respecto de otros. En palabras simples, implicaría justificar las “trampas” por fines “nobles” o, dicho de una manera más conocida, implicaría que el fin justificara los medios.

Decretar una medida de salvaguardia, como se ha repetido a lo largo de este trabajo, implica otorgar inmunidad frente a la competencia extranjera legítima. Imponer una sobretasa arancelaria (que es la forma que adopta en Chile las medidas de salvaguardia) implica conceder un privilegio claro, cuantificable y directo a una rama de la producción nacional a costa de otros que se verán perjudicados⁵⁹.

Debe reconocerse que casi toda regulación o intervención estatal (por muy legal que sea) genera efectos distributivos (por muy mínimos que sean). De modo que no sería equivocado plantear que la actividad legislativa o regulatoria del Estado da lugar (siempre o casi siempre) a ganadores y perdedores. Cuándo compensar a los perdedores sacrificados en virtud de la consecución del interés público es un gran tema⁶⁰. y si bien es uno difícil, al menos debiera exigirse desde el punto de vista de una sana política pública que se realice el ejercicio de identificar explícita y transparentemente a quienes pierden y quienes ganan. Habiéndose realizado tal ejercicio, la ponderación o examen (posiblemente en términos de costo - beneficio) de qué es lo más conveniente para el país será el paso siguiente y recomendable.

⁵⁹ Ver al respecto lo indicado en el capítulo 4º de este artículo, en donde se advierte que los perdedores y por ende los costos de una medida de salvaguardia pueden llegar a ser mayores que los previstos inicialmente.

⁶⁰ Existe una interesante literatura sobre la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, lo que está conectado con lo que en Estados Unidos se conoce como “Regulatory Taking” (expropiación regulatoria). En Chile, existen algunos trabajos sobre este último tema. De entre estos nos permitimos mencionar los siguientes: FERNANDOIS, A.: “Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile”, en FERNANDOIS A. —editor (2005): Sentencias Destacadas 2004. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, Instituto Libertad y Desarrollo; MONTT, S. “Las inversiones como un nuevo límite a la acción de los poderes públicos: expropiaciones indirectas y control del estado regulador ante tribunales arbitrales internacionales”, artículo presentado en noviembre de 2005 en el Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica, Facultades de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile y de la Universidad de los Andes, próximamente a ser publicado por la Revista de Derecho Administrativo Económico; y DELAVEAU, R.: Regulatory Takings: la expropiación regulatoria en el derecho norteamericano, memoria de grado, Magíster en Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, P. Universidad Católica de Chile.

Finalmente, interesa destacar un último aspecto, el cual implica un riesgo: la posibilidad de verse beneficiado por una medida de salvaguardia puede entregar una señal equivocada a los productores nacionales, quienes pueden verse tentados a destinar esfuerzos a presionar por protección en vez de dedicarse a buscar formas más eficientes o, en el extremo, a reconvertirse a aquellas áreas en las que tengan mayores ventajas comparativas y competitivas⁶¹.

Este riesgo de presión para la obtención de los beneficios de una medida de salvaguardia no siempre se verá contrarrestado por la acción de aquellos que pierden con una medida así. Lo anterior resultará especialmente cierto cuando los perjudicados no lo son en un monto importante y/o se encuentran dispersos y sin posibilidades reales de organizarse⁶².

Las características institucionales en Chile del actual sistema utilizado para decidir la concesión de una medida de salvaguardia (sobre lo que se discutirá en el próximo capítulo), unido a una interpretación menos exigente de cuáles son las condiciones jurídicas para que estas medidas procedan, más la constatación de que pedir salvaguardias es mucho más común que reclamar por la existencia de subvenciones o de subsidios,⁶³ nos lleva a concluir que el riesgo indicado en los párrafos precedentes es alto.

IX. CONSIDERACIONES SOBRE EL MARCO INSTITUCIONAL ACTUAL QUE OPERA SOBRE LA MATERIA

Aunque no sea el propósito fundamental de este trabajo evaluar la institucionalidad pertinente en este tipo de asuntos, nos permitiremos adelantar algunas reflexiones susceptibles de profundizarse en algún otro artículo futuro. En nuestra opinión, el actual desempeño de la institucionalidad sobre la materia podría mejorar sustancialmente.

⁶¹ Ya cuando se discutía la legislación que sobre el particular adoptaría Chile se hizo presente tal riesgo: ver la carta abierta de 61 economistas a los legisladores chilenos publicada en el mes de mayo de 1999. Una transcripción de la misma puede encontrarse en FONTAINE E. Y SCHENONE, O. (2000): *Nuestra Economía de Cada Día*, Alfaomega, pp. 292-293.

⁶² Existe una vasta literatura sobre el comportamiento de los grupos de interés y la preeminencia del interés privado por sobre el público. En lo que respecta específicamente a la protección del comercio internacional ver a BRADY, Gordon L.: "Protection in International Trade", capítulo 8 del libro de TULLOCK, Gordon, SELDON, Arthur, y BRADY Gordon L. (2002): *Government Failure. A Primer in Public Choice*, CATO Institute, Washington DC.

⁶³ Ver estadísticas sobre investigaciones iniciadas y medidas decretadas en el sitio web de la Comisión: <www.cndp.cl>.

En estas materias existe un aspecto técnico y otro político (particularmente, en esta última dimensión, cuando se trata de ponderar la aplicación de una medida de salvaguardia)⁶⁴. Es posible argüir que no es óptimo el resultado respecto de ninguno de los dos ámbitos.

En el plano técnico, la labor debe estar orientada, básicamente, a verificar el cumplimiento de la legislación internacional (OMC) aplicable en Chile. Es decir, si se cumplen o no los requisitos establecidos para que proceda la adopción de una sobretasa arancelaria (en el caso de las medidas de salvaguardia), de una medida antidumping (en el caso de dumping) o de derechos compensatorios (en el caso de subvenciones). No se debe olvidar que una equivocada determinación técnica sobre el particular puede llevarnos a comparecer ante los órganos de solución de disputas de la OMC.

En Chile, las determinaciones de la Comisión han carecido de la profundidad de análisis y rigurosidad con que la jurisprudencia de la OMC y la doctrina interpretan el Acuerdo de Salvaguardia (y el GATT de 1994), el Acuerdo de Subvenciones y el Acuerdo Antidumping. En este sentido, consideraciones políticas ajenas a las técnicas han tendido a prevalecer en las determinaciones de la Comisión. En la práctica la Comisión ha sido recipiente de la presión de los grupos de interés por ver favorecidas sus posturas, generalmente en favor de una medida protección para sus respectivos sectores. No es menor, a este respecto, que la mayoría de los integrantes de la Comisión sean dependientes del gobierno. No deja de llamar la atención lo habitual que resulta que las votaciones al interior de la Comisión tengan un patrón similar a través del tiempo: los representantes de los ministerios (y de las entidades de gobierno) suelen votar en bloque (generalmente a favor) y los dos representantes del Banco Central –en principio más independientes– habitualmente votan en forma disidente (en contra)⁶⁵.

⁶⁴ Resulta discutible que en materia de dumping o subvenciones, a diferencia de las salvaguardias, opere un test de carácter político. La razón de aquello deriva del hecho que en los dos primeros casos se está ante una hipótesis de competencia desleal o ilegítima, mientras que en el último se parte de un supuesto de competencia perfectamente leal y legítima, pero que, ante determinadas eventualidades, y como una válvula de escape, admite proteger por un tiempo determinado a un sector económico dañado gravemente (actual o inminentemente).

⁶⁵ La "Comisión encargada de investigar la existencia de distorsiones en el precio de las mercaderías importadas" está compuesta por: el Fiscal Nacional Económico (quien la preside); dos representantes del Banco Central; un representante del Ministerio de Hacienda; un representante del Ministerio de Economía; un representante del Ministerio de Agricultura; un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores; y el Director Nacional de Aduanas.

En el plano político, particularmente en materia de salvaguardias que implican, en último término, transferencia de recursos de un sector ganador o beneficiado a otro perdedor, tampoco puede afirmarse que la actual institucionalidad ha respondido bien. Lo óptimo es que solo una vez que se haya despejado la parte técnico-jurídica y en el supuesto que se haya determinado que las medidas solicitadas han superado positivamente los requisitos jurídicos exigibles, se debiera entrar al examen de un segundo test que cuente con un grado mayor de discreción y se realice bajo el prisma de lo que sería más conveniente para el país desde el punto de vista de las políticas públicas. Para este efecto sería deseable que el Presidente de la República fuera capaz de fundar su resolución final acerca de si aplicar o no la medida que se solicita. El ideal sería que en este segundo test se identificaran los sectores potencialmente afectados y se ponderaran las ganancias y pérdidas involucradas con una u otra medida.

Una medida que podría mejorar el funcionamiento del sistema radicaría en que estos temas (en particular en lo que se refiere al test técnico) fueran de conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), el cual podría contar con el auxilio en términos de investigación de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) (la que podría asumir el rol de Secretaría Técnica). No tiene mucho sentido que la Secretaría Técnica permanezca en el Banco Central, así como tampoco se justifica la actual integración de la Comisión. Hace ya algunos años la Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado (conocida como Comisión Jadresic) constataba lo mismo⁶⁶. Creemos que en términos de costos como de rigurosidad técnica, certidumbre, transparencia y

⁶⁶ La Comisión Jadresic (en la cual el suscrito tuvo participación como miembro del Comité Técnico Asesor) sostuvo que “si bien desde un punto de vista práctico representa un importante aporte a la Comisión y su Secretaría en materia de recursos humanos, monetarios, de información e infraestructura, resulta difícil su justificación más allá de consideraciones históricas y prácticas. Desde el punto de vista de la racionalidad en la asignación de responsabilidades, la actual participación del Banco Central, a través de la Secretaría Técnica y sus representantes en la Comisión, no se condice con el rol constitucional asignado al órgano emisor”. Más adelante, en el acápite que da cuenta de las proposiciones, se recomienda que “[e]n la medida que se cuente con recursos y profesionales calificados, será conveniente traspasar a la Fiscalía Nacional Económica las funciones que actualmente desempeña el Banco Central como Secretaría Técnica...”. [JADRESIC, Alejandro; BLANLOT, Vivianne; y SAN MARTÍN, Gregorio (2001): *La Nueva Regulación*; Informe de la Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado (1999); Dolmen, p.108 y p.152].

posibilidad de aprovechamiento del conocimiento acumulado, resultaría positivo contar con un tribunal permanente, con dedicación, y con un nivel de idoneidad no menor que, además, combina dos especialidades profesionales (la jurídica y la económica) de relevancia para la resolución de estos casos.

Finalmente, sería importante que la entidad que realizara el test técnico tomara explícitamente en consideración la argumentación de las partes. En términos figurados, se aprecia en las resoluciones de la Comisión un excesivo “minimalismo”, lo que genera vulnerabilidades para las partes y para el propio país, el cual puede, después, verse enfrentado a la necesidad de dar razón de sus actuaciones ante órganos de solución de disputas en el seno de la OMC. En último término, razones de transparencia lo justificarían, lo que nos obliga, además, a que se den las facilidades para que la información del proceso contenida en los expedientes esté a disposición del público.

X. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

Las medidas de salvaguardia constituyen herramientas comerciales de protección en virtud de las cuales se restringe temporalmente las importaciones de un producto a través de la imposición de sobretasas arancelarias ad valorem. Estos tipos de medidas son recursos de urgencia a favor de alguna industria nacional dirigidas a proporcionarles un espacio de tiempo de resguardo frente a la competencia externa de modo de permitirles una reestructuración o ajuste que les permita, en última instancia, competir en mejores condiciones.

Las salvaguardias están reguladas jurídicamente por el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC y por el Art. XIX del GATT de 1994, normas que son aplicables a los países miembros de la aludida organización y que en Chile constituye norma interna vigente en virtud de la remisión realizada por el Art. 7º de la Ley Nº 18.525.

La aplicación a casos concretos de este tipo de cláusulas de escape a la competencia externa ha tenido un indudable impacto en el comercio mundial, el cual ha sido testigo de grandes guerras jurídico-comerciales. Las salvaguardias proporcionan un evidente beneficio para la industria nacional protegida, pero generan un efecto negativo para muchos otros. Directamente afectados se encontrarán, por ejemplo, aquellos sectores que utilizan los productos importados objeto de salvaguardia e, indirectamente, los consumidores de

aquellos bienes en que el producto protegido es un insumo. Pero no solo ellos pueden verse perjudicados. Nuestros propios productos de exportación pueden ser alcanzados en virtud del derecho que tienen los países cuyos productos fueron afectados por alguna salvaguardia que nuestro país haya aplicado a obtener compensaciones equivalentes al daño provocado por la medida.

El caso concreto que dio origen a la determinación que se comenta, se produce por la solicitud de salvaguardias de la industria molinera que produce harina de trigo, la cual se habría visto negativamente afectada por la competencia derivada de las importaciones argentinas. Se reclama que la harina de trigo argentina no solo perforaría la banda de precio impuesta por Chile al ingresar a nuestro país bajo la glosa correspondiente a las mezclas de harina, sino que su llegada al mercado nacional sería consecuencia de un subsidio ilegítimo de facto. Dicha “ayuda estatal” se originaría debido al impuesto a las exportaciones que Argentina habría colocado al trigo (haciendo disminuir el precio interno del insumo) en contraste con la harina de trigo, la cual no contaría con tal gravamen y, por ende, vería favorecida su exportación.

En el trabajo se destaca que la problemática que dio origen a la solicitud de sobretasas arancelarias a la harina de trigo es una vinculada a una eventual vulneración al Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC, propio de una hipótesis de competencia desleal, que a una que diga relación con la aplicación del Acuerdo de Salvaguardia, instancia excepcional por interferir ante un escenario de competencia justa y legítima. Paradójicamente, la vía elegida por la industria molinera nacional fue esta última. A pesar de que las salvaguardias constituyen una medida excepcionalísima que exige la concurrencia de requisitos muy severos para su aplicación, resulta ser un instrumento legal más recurrido que aquellas medidas dirigidas a enfrentar casos de dumping y subvenciones (subsidios).

En el presente trabajo se concluye que la determinación objeto de estudio muestra una concepción equivocada (ciertamente menos exigente) de las condiciones jurídicas que deben existir para la imposición de una medida de salvaguardia. Lo que se requiere para tener la posibilidad de imponer una sobretasa arancelaria es, básicamente, que haya un aumento de la cantidad de importaciones que hayan sido resultado de circunstancias imprevistas que causen o amenacen causar un daño grave a la producción nacional.

En el presente artículo se constata que a pesar que ha habido un aumento *cuantitativo* de las importaciones, dicho aumento, considerado desde un punto de vista cualitativo, esto es, en atención a su aptitud para producir un daño grave o amenaza de daño grave a la industria molinera nacional (condición íntimamente relacionada con el requisito de la relación causal) no es relevante. En efecto, la producción nacional de harina de trigo por parte de la rama de la producción que se dice afectada resulta insignificante.

En cuanto al requisito de existir una evolución imprevista de las circunstancias, se aprecia que los solicitantes lograron explicar razonablemente bien el mecanismo causa - efecto que opera entre el sistema argentino de impuestos diferenciados a las exportaciones y el aumento de las importaciones. La Comisión apoyó tal postura, lo que parece adecuado. Hubiese sido recomendable, en todo caso, que si la Comisión efectivamente llegó al convencimiento acerca de que los impuestos diferenciados a las exportaciones argentinas (trigo / harina de trigo) son causantes del incremento en la cantidad de importaciones, haya hecho suyo la extensa argumentación de los solicitantes sobre el particular. El parámetro jurisprudencial en el sentido de que la explicación debe ser suficiente y razonada así lo amerita.

En lo que respecta a la condición de existir una situación de daño grave o amenaza de daño grave, se verifica que la mayor parte de lo constatado por la Comisión responde a una descripción breve de las cifras respecto de ciertos parámetros o factores de daño. Los datos no muestran una situación de daño o menoscabo, ni menos de gravedad, respecto de la industria molinera, lo que no se reconoce ni se niega por la Comisión, la cual es bastante parca o escueta en la explicación de los datos sobre los factores de daño, ejercicio exigido por el AS.

La Comisión declara que existe una amenaza de daño grave. El análisis de los factores de daño y la explicación correspondiente no solo se exige para verificar la constatación de daño grave, sino que constituye un requisito para la verificación de la amenaza del mismo, cosa que no se aprecia de la actuación de la Comisión. Es decir, se advierte una ausencia de conexión razonada entre el análisis de los factores y la amenaza de daño grave reclamada. Del razonamiento de la Comisión se percibe una brusca separación entre la concepción de daño grave y la amenaza del mismo. De una situación que presenta niveles de produc-

ción y de ventas crecientes en los últimos años, así como resultados financieros positivos (tal como lo manifiesta el voto de minoría), se pretende demostrar la existencia de una clara inminencia de daño grave, lo que exige gran severidad en el menoscabo esperado y un grado de prontitud y cercanía en el tiempo importante. Se destaca, finalmente, en el trabajo, que en su razonamiento la Comisión confunde lo que es una amenaza de daño grave con una amenaza de aumento de las importaciones. Como dato ilustrativo se señala que las importaciones actuales de harina de trigo representan menos del 1% del total de la producción y del consumo nacional. En definitiva, se resalta que la determinación de la Comisión (ratificada por el Presidente de la República) no es compatible con el AS y el Art. XIX del GATT de 1994 y, por ende, de las disposiciones de la Ley N° 18.525. Los criterios emanados de las decisiones de los órganos de solución de controversias de la OMC en estas materias avalan lo manifestado, al igual que la misma posición de nuestro país expresada en el seno de la OMC con ocasión de otra disputa.

Teniendo en consideración que la finalidad de una medida de salvaguardia consiste en proporcionar a la rama de la producción nacional un lapso de protección frente a la competencia externa, se advierte que no hubo mención alguna a la existencia de un plan de ajuste de las empresas o industria. Se concluye que si transcurrido un año (duración de la medida), la industria doméstica se encuentra en la misma situación, sin que nada haya cambiado al interior de ella, la medida de salvaguardia concedida habrá perdido toda su significación.

Asimismo, se echa de menos en la resolución del asunto comentado un examen de mérito razonado y explícito de la solicitud de salvaguardia desde el punto de vista de su conveniencia para el país, planteándose que su propósito proteccionista es discutido desde el punto de vista de las políticas públicas.

Se plantea, igualmente, el riesgo que significan las presiones de los grupos de interés por verse beneficiados con este tipo de medidas, el cual se vería elevado ante el bajo (y equivocado) estándar de exigencia jurídica aplicado por la Comisión, además de la configuración institucional sobre la materia.

Finalmente, se hace un diagnóstico breve del marco institucional que opera para este tipo de determinaciones, recomendándose pau-

tas de reforma. Se sugiere que para la resolución de temas de salvaguardia un examen basado en un doble test: uno técnico (en donde se verifique si se cumplen o no las condiciones jurídicas para imponer una medida de salvaguardia) y, con posterioridad, en caso de verificarse positivamente el cumplimiento de los requisitos, uno político (en donde se realice un examen de mérito que ponderando costos y beneficios determine transparentemente qué es lo más conveniente para el país). Se plantea que las funciones de la Comisión Encargada de Investigar las Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas debieran ser asumidas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y que las labores de la Secretaría Técnica (actualmente radicadas en el Banco Central) debieran ser desarrolladas por la Fiscalía Nacional Económica.

BIBLIOGRAFÍA

- DELAVEAU, Rodrigo: *Regulatory Takings: la expropiación regulatoria en el derecho norteamericano*, memoria de grado, Magíster en Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, P. Universidad Católica de Chile.
- FERNANDOIS, Arturo: “Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile”, en FERNANDOIS A. –editor: *Sentencias Destacadas 2004. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, Instituto Libertad y Desarrollo, 2005.
- FONTAINE Ernesto y SCHENONE, Osvaldo: *Nuestra Economía de Cada Día*, Alfaomega, 2000.
- Informe del Órgano de Apelación, *Corea-Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*, WT/DS98/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000, DSR 2000.I, 3. [Título abreviado: Corea - Productos lácteos].
- Informe del Grupo Especial, *Corea-Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*, WT/DS98/R. [Título abreviado: Corea-Productos lácteos].
- Informe del Órgano de Apelación, *Argentina-Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado*, WT/DS121/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000, DSR 2000.I, 515. [Título abreviado: Argentina-Calzado].
- Informe del Grupo Especial, *Argentina-Medidas de salvaguardia definitiva impuestas a las importaciones de calzado*, WT/DS121/R; 25 de Junio de 1999; (99-2217). [Título abreviado: Argentina-Calzado].
- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas*, WT/DS166/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2001. [Título abreviado: Estados Unidos-Gluten de Trigo].
- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o*

congelada procedentes de Nueva Zelandia y Australia, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adoptado el 16 mayo de 2001. [Título abreviado: Estados Unidos-Cordero].

- Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos-Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelandia y Australia*, WT/DS177/R, WT/DS178/R. [Título abreviado: Estados Unidos-Cordero].
- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea*, WT/DS202/AB/R, adoptado el 8 de marzo de 2002. [Título abreviado: Estados Unidos-Tubos].
- Informe del Grupo Especial, *Argentina-Medidas de salvaguardia definitiva sobre la importación de duraznos en conserva*, WT/DS238/R, adoptado el 14 de febrero de 2003. [Título abreviado: Argentina-Duraznos en conserva].
- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medidas de Salvaguardia Definitivas sobre las Importaciones de determinados Productos de Acero*, WT/DS248-49, 251-254, 258-59/AB/R, adoptado en noviembre de 2003 [Título abreviado: Estados Unidos - Ciertos Productos de Acero].
- Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos-Medidas de Salvaguardia Definitivas sobre las Importaciones de determinados Productos de Acero*, WT/DS248-49, 251-254, 258-59/R, adoptado en julio de 2003 [Título abreviado: Estados Unidos-Ciertos Productos de Acero].
- JADRESIC, Alejandro; BLANLOT, Vivianne; y SAN MARTÍN, Gregorio: *La Nueva Regulación*; Informe de la Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado (1999); Dolmen, 2001.
- LEE, Yong-Shik: "Safeguard Measures: Why Are They Not Applied Consistently With the Rules? - Lessons for Competent National Authorities and Proposals for the Modifications of the Rule on Safeguards", *Journal of World Trade*, 36(4), Kluwer, 2002.
- LEE, Yong-Shik: "Continuing Controversy on 'Unforeseen Developments' - Reviewer's Note", *Journal of World Trade* 37 (6), 2003.
- MONTT, Santiago: "Las inversiones como un nuevo límite a la acción de los poderes públicos: expropiaciones indirectas y control del estado regulador ante tribunales arbitrales internacionales", artículo presentado en noviembre de 2005 en el *Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica*, Facultades de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile y de la Universidad de los Andes, próximamente a ser publicado por la Revista de Derecho Administrativo Económico.
- MUELLER, Felix: "¿Is the General Agreement on Tariffs and Trade Article XIX 'Unforeseen Development Clause' Still Effective Under the Agreement on Safeguards?", *Journal of World Trade*, 37 (6), 2003.
- PAUWELYN, Joost: "The Puzzle of WTO Safeguards and Regional Trade Agreements", *Journal of International Economic Law*, 7 (1), 2001.
- QUIROZ Jorge, BRAVO Jorge y GIVOVICH Felipe: *Distorsiones a la Competitividad de la Harina de Trigo: Causas y Consecuencias*, agosto, 2004, el

cual fue elaborado para la Asociación de Molineros del Centro, Asociación de Molineros del Sur y Consorcio Agrícola del Sur (CAS).

- ROMERO, Juan José: “Regulación de una Cláusula de Escape a la Competencia Internacional: el Caso de las Salvaguardias”, en *Actas de las II Jornadas de Derecho de la Empresa* (20 de octubre de 2004), publicadas por el Magíster y Postítulo en Derecho de la Empresa, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.
- SYKES, Alan O.: “The Persistent Puzzle of Safeguards: Lessons from the Steel Dispute”, John M. Olin Law & Economics Working Paper N°212 (2d Series), University of Chicago Law School, May 2004, < <http://www.lawuchicago.edu/Lawecon/index.html> >. Este artículo fue publicado, posteriormente, en el *Journal of International Economic Law*, 7, 2004.
- SYKES, Alan O.: “The Safeguard Mess: A Critique of Appellate Body Jurisprudence”, John M. Olin Law & Economics Working Paper N° 187 (2d Series), University of Chicago Law School, May 2003, < <http://www.lawuchicago.edu/Lawecon/index.html> >. Este artículo fue publicado, posteriormente, *World Trade Review*, 2, 2003.
- SYKES, Alan O.: “The Economics of WTO on subsidies and countervailing duties”, John M. Olin Law & Economics Working Paper N° 186 (2d Series), University of Chicago Law School, June 2003, < <http://www.lawuchicago.edu/Lawecon/index.html> >
- TULLOCK, Gordon, SELDON, Arthur, y BRADY Gordon L.: *Government Failure. A Primer in Public Choice*, CATO Institute, Washington DC, 2002.

Libre Competencia y distribuidores de combustibles: ¿colusión y barreras de entrada en el mercado?*



RICARDO JUNGMAUN DAVIES
Magíster en Derecho Universidad de Navarra
Profesor de la Facultad de Derecho UC

MARÍA DE LA LUZ DOMPER RODRÍGUEZ
Economista y Magíster en Macroeconomía UC
Libertad y Desarrollo

RESUMEN EJECUTIVO

La Fiscalía Nacional Económica (FNE), en virtud de las atribuciones que le confiere el Decreto Ley 211, de 1973, investigó el mercado de los combustibles líquidos y formuló requerimiento en contra de las empresas Copec, Esso, Shell e YPF, por presentar comportamientos y prácticas de comercialización que distorsionarían o entorpecerían la competencia. En la sentencia N° 18/2005, dictada por Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), se rechazó el requerimiento de la Fiscalía, lo cual fue confirmado más tarde por la Corte Suprema, y se estableció que el hecho de que las estaciones de servicio tengan precios muy similares no es sinónimo de colusión, sino más bien, de que estamos frente a un producto homogéneo, identificado como tal por los propios consumidores, lo cual impide que existan diferencias notorias en el precio de venta. El comentario analiza el requerimiento de la FNE y los puntos de la defensa, deteniéndose, especialmente, en los argumentos dados por el TDLC que terminaron por dar la razón a los requeridos y desvirtuando las insuficientes pruebas de la requirente. Para lo anterior, se analizan las figuras de la integración vertical, la concertación de precios y las barreras de entrada. Finalmente, se destaca la postura asumida por el TDLC, por cuanto con este fallo contribuye a reforzar la libertad que es inherente a toda economía de mercado, y de paso, desestima la postura asumida por la FNE, que proponía, entre otras cosas, que se modificara la estructura de propiedad de una sociedad anónima cerrada, y que se instruyera a las distribuidoras en cuanto a la forma como debían determinar el precio y condiciones de venta de los combustibles.

SUMARIO

1.- Antecedentes Generales. 2.- Fundamentos de la Fiscalía Nacional Económica y argumentos de las empresas requeridas. 3.- Propuestas de la Fiscalía Nacional Económica. 4.- Comentarios a la decisión del Tribunal de Defensa de la Libre

* Sentencia N° 18/2005 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de la República de Chile de fecha 10 de junio de 2005.

Competencia, a la investigación y a la sentencia de la Corte Suprema. 5.- Conclusiones. 6.- Bibliografía.

1. ANTECEDENTES GENERALES

Con fecha 10 de junio del año 2005, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) dictó la sentencia número 18, en virtud de la cual rechazó el requerimiento¹ efectuado por la Fiscalía Nacional Económica (FNE)², que buscaba que se sancionara a las empresas mayoristas de distribución de combustibles líquidos (COPEC, ESSO, SHELL e YPF) por haber incurrido en supuestas conductas colusivas.

La sentencia del TDLC, confirmada más tarde por la Corte Suprema mediante sentencia³ de 26 de octubre del mismo año, determinó, entre otros puntos, que no se probó la existencia de barreras de entrada a la distribución de combustibles, ni la existencia de una integración vertical que atentara contra la libre competencia.

Asimismo, estableció que el hecho de que las estaciones de servicio tengan precios muy similares no es sinónimo de colusión, sino más bien de que estamos frente a un producto homogéneo, identificado como tal por los propios consumidores, lo cual impide que existan diferencias notorias en el precio de venta.

2. FUNDAMENTOS DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Y ARGUMENTOS DE LAS EMPRESAS REQUERIDAS

A continuación se describen los principales fundamentos esgrimidos por la Fiscalía Nacional Económica para presentar el requerimiento, así como las respuestas y argumentos dados por las empresas requeridas.

¹ En virtud de lo establecido en el art. 20 del Decreto Ley 211, citado, el procedimiento para que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) conozca de las situaciones que pudieren constituir infracciones a la ley podrá iniciarse por requerimiento del Fiscal Nacional Económico, o bien, por demanda de algún particular.

² Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de COMPAÑÍA DE PETRÓLEOS DE CHILE S.A.; ESSO CHILE PETROLERA LTDA., SHELL CHILE S.A., e YPF PETRÓLEOS TRASANDINO YPF S.A., de fecha 5 de noviembre de 2002.

³ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 26 de octubre de 2005, en la que se rechazó el recurso de reclamación interpuesto por el Fiscal Nacional Económico.

2.1 Concentración del mercado de distribución de combustibles líquidos.

2.1.1 Fiscalía Nacional Económica: Sostiene que el mercado es altamente concentrado, toda vez que en la etapa de distribución mayorista tres de las requeridas concentran el 90% del mismo⁴.

2.1.2 Requeridas: Los porcentajes de participación señalados por las requeridas no varían mayormente del entregado por la Fiscalía, pero se agrega que este tipo de mercado ha sido históricamente concentrado y que en un mercado maduro la concentración es señal de un alto grado de competencia.

2.2 Existencia de barreras de entrada

2.2.1 Fiscalía Nacional Económica: Afirma que existirían varias barreras de entrada que obstaculizarían la libre competencia, especialmente, en las fases de almacenamiento y transporte del combustible.

En la etapa de almacenamiento, las barreras estarían dadas por la imposibilidad de instalar terminales y plantas de combustibles en la Región Metropolitana debido a la falta de capacidad disponible, como asimismo, por el hecho que las grandes distribuidoras ejercerían control sobre Emalco, sociedad filial de Enap, cuyo giro es el almacenamiento de combustibles.

En la fase de transporte, la Fiscalía reclama que solo Enap está autorizado para instalar nuevos oleoductos, y además, que las distribuidoras mayoristas, a través de la empresa Sonacol, tendrían el control sobre un importante oleoducto de la zona central.

Además, la FNE agrega que existen normas que constituyen verdaderas barreras de entrada, ya que limitan la construcción de nuevos centros de almacenamiento y le otorgan exclusividad a Enap para la instalación de nuevos oleoductos.

⁴ La literatura económica de defensa de la competencia suele emplear dos índices de concentración alternativos: la razón de concentración de k-empresas en el mercado (Ck) y el índice de Herfindahl y Hirschman (HHI). El primero de tales índices resulta de sumar las participaciones de mercado de las k-empresas más grandes, y se lo define por el número de empresas que se esté considerando. Habrá así un índice C1 (igual a la participación de mercado de la empresa más grande), otro índice C2 (igual a la suma de las participaciones de las dos empresas más grandes), etc. En lo que se refiere al índice Herfindahl y Hirschman, el mismo se define como la sumatoria de los cuadrados de las participaciones de todas las empresas que operan el mercado. *Vid.* COLOMA, G., *Defensa de la Competencia*, 2003.

2.2.2 Requeridas: Para ingresar a este mercado se necesita de condiciones competitivas en la compra de combustibles líquidos, hecho que en Chile sí ocurre, por cuanto Enap ofrece sus productos a precios que son competitivos.

No es efectivo que no exista capacidad de almacenamiento disponible en la Región Metropolitana. Por el contrario, aún quedaría disponible alrededor de un 30% de las instalaciones de Emalco, capacidad suficiente para que, incluso, pudiera ingresar otro mayorista al mercado.

Respecto a que las distribuidoras mayoristas tendrían poder de control sobre Emalco, esto no sería posible, por cuanto esta empresa es una filial de Enap y, por lo tanto, es de carácter estatal.

Por otra parte, Sonacol no puede ser considerada una barrera de entrada al mercado, ya que presta servicios a cualquiera que lo pida, cobrando las mismas tarifas a todos sus usuarios, sin distinción alguna.

En relación a las normas que limitan las instalaciones de nuevos centros de almacenamiento e instalación de oleoductos, en general, están de acuerdo en flexibilizarlas, pero aclaran que ello no es de su responsabilidad.

2.3 Integración vertical

2.3.1 Fiscalía Nacional Económica: Afirma que la integración vertical de las distribuidoras mayoristas ha aumentado considerablemente, lo que ejemplifica con los contratos que se celebran con los operadores de las estaciones de servicios. Esta integración vertical se debería al alto poder de mercado que tienen las distribuidoras, lo cual conllevaría a que el control de los mayoristas sobre las estaciones de servicios sirva de vía para coordinar los precios en el mercado.

2.3.2 Requeridas: Encontramos varios argumentos que contradicen la postura de la Fiscalía.

En primer lugar, se rebate la idea de que exista una integración vertical que permita la coordinación de precios, ya que las características del mercado permiten concluir que más que poder de mercado lo que existe es una alta rivalidad. Además, los sistemas de comercialización son diferentes, lo cual dificultaría la colusión.

En segundo lugar, se indica que para que pudiera existir integración y control sobre las estaciones, se requeriría la existencia de barreras de entrada, las cuales no concurrirían, ya que existe plena libertad para que cualquier interesado pudiera ingresar al mercado.

Se agrega, también, que la integración vertical es un proceso natural y para que el mercado actúe de manera libre, debe permitírsele. De darse la integración vertical en este mercado se debería a consideraciones de eficiencia de costos, razón por la cual no debería verse afectada la libre competencia. Asimismo, se insiste en que la integración vertical no es, necesariamente, sinónimo de colusión.

Por otra parte, se cuestiona la metodología utilizada por la FNE para calcular el grado de integración vertical, agregándose que han sido sobredimensionadas y que no corresponden a la realidad.

2.4 Colusión en la determinación de precios⁵

2.4.1 Fiscalía Nacional Económica: Argumenta que empresas requeridas utilizarían poder de mercado y actuarían concertadamente para mantener y aumentar sus márgenes de beneficio.

2.4.2 Requeridas: Indican que determinan independientemente sus precios, de acuerdo a costos del combustible y a los costos asociados a las estaciones de servicios. Si bien existen precios similares por zonas geográficas, estos no se explican por acuerdos colusorios, sino más bien por la intensa competencia en la comercialización

⁵ Por colusión se ha entendido aquella situación en la que dos o más empresas pactan no competir entre ellas con el fin de aumentar los beneficios conjuntos de todo el grupo. A este respecto, se ha entendido que la coordinación puede presentarse de distintas maneras: En algunos mercados, la coordinación puede implicar el mantenimiento de los precios por sobre del nivel competitivo; en otros, puede estar orientada a limitar la producción introducida en el mercado, mediante la repartición de cuotas de producción. Asimismo, la coordinación puede consistir en un reparto del mercado, ya sea por áreas geográficas, o bien en atención a otras características del cliente. La Comisión Europea, al referirse a la coordinación entre empresas, sostiene que se han de cumplir tres condiciones para que esta sea viable. Primero, las empresas que se coordinan deben poder ejercer un control suficiente sobre el cumplimiento de las condiciones de la coordinación. Segundo, se requiere que haya algún sistema de disuasión adecuado que pueda activarse en caso de detectarse incumplimiento de lo pactado. Tercero, los resultados esperados de la coordinación deben estar al resguardo de las reacciones que se puedan generar, tanto en los competidores actuales o futuros que no participen en ella, como por parte de los clientes.

Véanse las *"Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas"*, Diario Oficial N° C 031 de 5/2/2004.

del combustible. Sostienen que argumentos de la Fiscalía solo se basarían en meras presunciones.

3. PROPUESTAS DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

En su requerimiento la Fiscalía Nacional Económica propuso al TDLC, a fin de eliminar o reducir las barreras de entrada, que se adoptaran las siguientes medidas:

- Solicitar al Ministro de Vivienda y Urbanismo que se revisen las regulaciones vigentes, a fin de permitir la instalación de nuevos centros de almacenamiento de combustibles líquidos;
- Modificación de la estructura de propiedad de la empresa Sonacol para permitir el ingreso de nuevos socios;
- Pedir al Ejecutivo que impulsara proyecto de ley para la instalación de nuevos oleoductos;

También solicitó que se les exigiera a las requirentes que pusieran término de inmediato a todo acuerdo o concertación entre ellas y que les insistiera en la prohibición de efectuar, directa o indirectamente, cualquier acto que pueda tener por objeto la coordinación de precios de los combustibles.

Asimismo, propuso que se les instruyera a las distribuidoras para que determinen en forma clara el precio para cada uno de los combustibles que se comercialicen.

Finalmente, señala que las medidas propuestas son sin perjuicio de las sanciones que estime el Tribunal.

4. COMENTARIOS A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, A LA INVESTIGACIÓN Y A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

El Tribunal, en su extensa sentencia, analiza acuciosamente las imputaciones efectuadas en contra de las requeridas, para lo cual estudia la presunta existencia de colusión, la existencia de barreras a la entrada y la integración vertical entre distribución minorista y mayorista.

4.1 Respetto a las imputaciones efectuadas por la Fiscalía Nacional Económica

En la literatura económica se entiende que existe colusión cuando dos o más empresas que tienen poder de mercado⁶ se ponen de acuerdo, cobran el precio monopolístico y se reparten, en cuotas, la cantidad que pueden vender.

El poder de mercado o la capacidad de decisión que tiene una empresa respecto del precio al cual vende los bienes que ofrece depende de una serie de variables, principalmente, de la elasticidad precio de la demanda que enfrenta y de su estructura de costos de producción⁷.

Cuando una empresa tiene poder de mercado, y obtiene un margen positivo por las unidades que vende, ello no implica necesariamente que dicha empresa esté llevando a cabo una estrategia de colusión. Por el contrario, márgenes altos pueden corresponder a un premio por la mayor eficiencia en la producción (menores costos), o bien, una recompensa por un producto de mejor calidad⁸.

En cuanto a la existencia de colusión entre las empresas requeridas, el Tribunal estimó, a mi parecer de manera adecuada, que los antecedentes aportados no permiten concluir que haya habido colusión entre las partes cuestionadas.

En este sentido, para poder demostrar la existencia de colusión la Fiscalía argumentó que en el periodo investigado las requeridas aumentaron sus márgenes de comercialización al mismo tiempo que ocurrió una disminución en la demanda.

Sin embargo, para sostener esta afirmación, la Fiscalía olvidó una premisa básica, esta consiste en que una disminución en la demanda no siempre conlleva, necesariamente, a la baja en los precios

⁶ Una empresa tiene poder de mercado o poder monopolístico cuando puede decidir el precio que cobra por los bienes que vende. En competencia perfecta esto no es posible ya que todos los oferentes son tomadores de precios, es decir, enfrentan un precio y a ese precio deben vender el bien.

⁷ En el caso de una empresa que vende solo un bien, el poder de mercado se mide en base a la siguiente ecuación: $(\text{precio} - \text{Costo marginal}) / \text{precio} = 1 / \text{elasticidad precio de la demanda en valor absoluto}$.

⁸ Este argumento fue desarrollado por Harold Demsetz. Su Teoría de la Eficiencia Superior propone que una alta concentración no siempre responde a motivos colusivos, como se creía, sino que puede ser un premio a la eficiencia de algunas empresas que operan con una estructura de costos menor, o con mejor tecnología, o bien, que ofrecen un bien de mejor calidad.

finales, por cuanto pueden haberse modificado otras variables que también afectan a los precios, como es el caso de los costos. No obstante lo anterior, la Fiscalía no analizó si estas otras variables sufrieron alguna modificación.

Asimismo, parece correcto afirmar que el periodo de tiempo investigado por la Fiscalía, febrero de 2001 a septiembre de 2002, fue demasiado breve y que se requería revisar un plazo mayor para reunir pruebas más contundentes.

Efectivamente, en el periodo investigado hubo un aumento en el margen de comercialización, pero esto no atenta contra la libre competencia, ni menos implica que el mercado esté funcionando de manera ineficiente, salvo que existan barreras a la entrada. Por el contrario, un aumento en las rentas puede funcionar como una señal de incentivo para que otros competidores puedan animarse a entrar en dicho mercado⁹. Por lo mismo, hay que tener la precaución de no sancionar el adecuado ejercicio de poder de mercado, muchas veces generador de incentivos y de innovación.

El TDLC verificó que la caída de los precios en los combustibles no fue traspasada inmediatamente al público, pero no se le aportaron antecedentes suficientes para concluir la existencia de una colusión tácita. En cambio, sí se analizaron otras variables, encontrándose que hubo un aumento en los costos de inventario, que podrían explicar el alza en el margen de comercialización.

Respecto a la acusación de la Fiscalía de que las empresas habrían actuado con asimetría frente a las alzas y bajas en los precios de Enap, tal argumentación no es suficiente prueba para demostrar colusión, ya que en un mercado concentrado, como el de los combustibles líquidos, no es posible esperar que la variación en los costos se traspasen con absoluta simetría de velocidad a los precios finales.

⁹ El economista Joseph Schumpeter habla de la destrucción creativa para referirse al proceso de transformación industrial generado por la innovación de los emprendedores. En la visión de Schumpeter, la entrada de nuevos emprendedores a la industria es la base del crecimiento de largo plazo. Ellos se ven incentivados a entrar gracias a las cuasi rentas que obtienen las empresas establecidas. Esta entrada de nuevos oferentes disminuye dichas rentas en el largo plazo. Schumpeter señala que la innovación exitosa es normalmente, fuente de poder de mercado temporal, que destruye o disminuye la posición de las empresas establecidas, que sucumben ante la entrada de nuevos oferentes más competitivos. Véase el libro de Schumpeter, J. *Capitalism, Socialism and Democracy* (1942).

En cuanto al argumento consistente en que se habría observado una similitud entre los precios de las estaciones de servicios de las diferentes marcas, así como en su evolución, la Fiscalía parece desconocer que cuando estamos en presencia de productos homogéneos, que no se diferencian unos de otros, y que así son identificados por el consumidor, como es el caso de la bencina, no es extraño que la diferencia en los precios sea mínima y que por lo mismo evolucionen de manera similar. Precisamente por esta razón, es que las estaciones de servicios de las diferentes marcas tratan de diferenciarse de las otras no por el precio, sino por la calidad y cantidad de los servicios asociados que ofrecen.

En este sentido, basta con revisar la publicidad de las distribuidoras mayoristas, en que lo que se destaca respecto a los competidores no son los mejores precios, sino, más bien, la ubicación, extensión y servicio que se brinda.

Respecto de las barreras a la entrada, este ha sido uno de los temas que más controversia ha generado entre los economistas. Hay quienes opinan que las únicas barreras a la entrada reales que existen son las barreras a la entrada legales, es decir, disposiciones legales que impiden la entrada de nuevos oferentes a los mercados. Por otra parte, hay economistas que consideran como barrera a la entrada cualquier costo necesario para entrar a un mercado¹⁰.

La definición más clarificadora es aportada por George Stigler: *“Una barrera a la entrada se puede definir como cualquier costo que tiene que asumir un entrante al ingresar a un mercado y que no asumieron las empresas que están actualmente establecidas en la industria”*¹¹. La presencia de barreras a la entrada en un mercado otorga utilidades sobrenormales, en el largo plazo a las empresas que están establecidas en el mercado.

Respecto de la existencia de barreras a la entrada, el Tribunal analizó la existencia de estas en las etapas de almacenamiento y de transporte del combustible.

En la etapa de almacenamiento, concluyó que no existían las barreras a la entrada denunciadas por la Fiscalía, con lo que concuerdo plenamente.

¹⁰ Véase Viscusi, W.; Vernon, J.; Harrington, J. “Market Structure and Strategic Competition”, cap. 6 del libro *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press, 1996.

¹¹ *Op. cit.* p.159.

En este punto, llama la atención la falta de una mayor rigurosidad en la investigación efectuada por la Fiscalía, que reclamó la dificultad que tendrían nuevos competidores para entrar al mercado debido a la falta de terrenos adecuados para construir nuevos estanques en la Región Metropolitana y a la limitada capacidad de almacenamiento con que contaría Emalco.

Sin embargo, de lo informado por Enap y por el propio Emalco se desprende que en la planta de Maipú existen alrededor de 10 hectáreas disponibles, cantidad más que suficiente para la instalación de nuevos estanques. Además, de la capacidad de almacenamiento de 176.300 metros cúbicos, 55.800 estaban disponibles a la fecha del informe. Es decir, un nuevo competidor que quisiera entrar al mercado dispondría del doble de almacenamiento que lo que hoy tiene Esso, que dispone de una capacidad de 23.336 metros cúbicos.

En atención a las cifras anteriores, resulta lógico que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rechazara la existencia de barreras a la entrada en la etapa de almacenamiento, por cuanto queda demostrado que hay un margen amplio para la entrada de nuevos competidores.

En relación a las barreras a la entrada en la etapa de transporte de combustible, concuerdo con el TDLC y con la Fiscalía en que no se vislumbran razones de fondo para que la ley entregue a Enap la facultad de obtener la constitución de servidumbres legales para instalar oleoductos. Sin duda que constituye una barrera artificial, de carácter legal, que dificulta la entrada de nuevos competidores al mercado y que permite que se generen aprensiones en torno al accionar de Copec, Esso y Shell que, en conjunto con Enap, son accionistas de Sonacol, propietaria de un importante oleoducto de la zona central.

Por lo mismo, y para dar mayor transparencia al mercado del transporte de combustibles, es recomendable que el gobierno patrocine un proyecto de ley que permita que los particulares también puedan constituir servidumbres legales para la instalación de oleoductos.

Por otra parte, el TDLC acogió en parte la tesis de la Fiscalía de la existencia de otra barrera de entrada en la fase de transporte, consistente en que la participación de las requirentes en la propiedad de Sonacol podría dificultar la participación de otros competidores en este mercado.

Si bien el Tribunal no estuvo de acuerdo en exigir a las requirentes que modificaran la estructura de propiedad de Sonacol para permi-

tir el ingreso de nuevos socios a la misma, sí, en cambio, acordó recomendarles que sería conveniente hacerlo con el objeto de promover la libre competencia. Al ser solo una recomendación, se entiende que las requeridas están en plena libertad de acoger o no dicha sugerencia.

No obstante lo anterior, queda un precedente con el que hay tener precaución, ya que en una futura investigación se puede invocar por la Fiscalía y aun por el propio Tribunal que no se llevó a cabo dicha transformación, pese a lo recomendado por el TDLC.

Desde mi punto de vista, me parece discutible la decisión del Tribunal de recomendar la transformación de Sonacol, sociedad anónima cerrada, a una sociedad anónima abierta o sujeta a sus normas con la finalidad de promover la libre competencia, por cuanto es dudoso que a los oleoductos haya que tratarlos como una instalación esencial. En este punto, resultan interesantes los antecedentes entregados por YPF, que al traer sus productos desde Argentina vía marítima y distribuirlos mediante camiones, demuestra que es posible participar del mercado sin utilizar los oleoductos.

Asimismo, si se logra que el Ejecutivo patrocine una ley que faculte a los particulares para constituir servidumbres legales para la instalación de oleoductos, se estaría promoviendo la libre competencia y eliminando las barreras a la entrada, sin necesidad de transformar la estructura de Sonacol.

Respecto de la integración vertical, podemos definir un sistema integrado verticalmente como aquel en el cual los procesos administrativos, entendiéndose por ellos la producción, distribución y venta de un determinado bien o servicio, se realizan al interior de la empresa.

Existen distintos grados de integración vertical, los cuales pueden darse mediante el desarrollo de restricciones verticales en los contratos de distribución, ventas o producción de un determinado bien o servicio. Esto ha dado lugar al surgimiento de contratos de concesiones, *joint ventures*, franquicias, etc. En consecuencia, la integración vertical puede no ser total.

Finalmente, cabe señalar que la integración vertical se puede dar indistintamente hacia adelante, incorporando las funciones de distribución y ventas del servicio, o bien hacia atrás, desarrollando métodos de producción al interior de la firma.

La literatura económica reconoce que existirían múltiples motivos que explican la integración vertical de una empresa¹². Dentro de los cuales se encuentran:

1. Ahorrar costos de transacción

La integración vertical puede producir un ahorro de costos de transacción. Se entiende por estos, los costos de operar a través del mercado, tales como los costos de diseñar, negociar y salvaguardar un acuerdo y los costos *ex post*, productos de renegociaciones de contratos mal especificados.

Existen transacciones que por sus características, y dada la presencia de altos costos de transacción, hacen deseable que exista integración vertical. Por ejemplo, cuando hay activos específicos¹³.

Puede existir especificidad de los activos físicos involucrados, de capital humano, de ubicación física, etc. Por ejemplo, la especificidad de activos físicos se refiere a maquinarias u otros activos que son específicos a un determinado proceso productivo. En este caso, es deseable tener la propiedad de dicho activo físico para evitar todo comportamiento oportunista o inadecuado de parte del dueño de la maquinaria.

En segundo lugar, la presencia de incertidumbre en una determinada transacción puede ser un incentivo suficiente para que una empresa decida integrarse verticalmente. Por ejemplo, para una empresa puede ser demasiado costoso controlar la calidad de un producto que le distribuye una empresa dedicada a realizar dicho servicio. En este caso, podría ser preferible para la empresa tener su propia cadena de distribución.

En tercer lugar, si se trata de transacciones que envuelven información, puede ser difícil para una empresa que contrata servicios de distribución de otra, incentivarla a mejorar su gestión. Por ejemplo, si se le paga a la empresa contratada un porcentaje fijo, independientemente de su resultado, no existirán para esta incentivos apropiados para mejorar su productividad y utilidades. Adicionalmente, no existe un mecanismo adecuado para que la empresa se informe

¹² Véase Carlton y Perloff, "Vertical Integration and Vertical Restrictions", cap. 13 del libro *Modern Industrial Organization*, 1994.

¹³ Se dice que un activo es específico cuando su costo de oportunidad es muy bajo, es decir, casi no tiene un uso alternativo, sino que solo sirve para llevar a cabo una determinada transacción.

ni ejerza control sobre la gestión de la empresa contratada. En esta situación puede ser preferible para la empresa integrarse verticalmente, en lugar de continuar contratando los servicios de otra.

La cuarta situación en la cual es preferible estar verticalmente integrado es cuando se requiere una coordinación extensa. Por ejemplo, este es el caso del negocio ferroviario. Para facilitar la coordinación puede ser preferible tener la propiedad de todas las líneas ferroviarias y no subcontratarlas a distintas empresas.

2. Lograr eficiencia en el proceso productivo

Otra razón por la cual algunas empresas deciden integrarse verticalmente es porque de esa manera logran mayor eficiencia en el proceso productivo. Esto se produce por la existencia de complementariedad en la producción de componentes relacionados de un mismo bien (o servicio) o entre las etapas de producción de un bien (o servicio), y adicionalmente, porque se pueden dar situaciones de comportamiento oportunista si la producción de ambos componentes, o las distintas etapas de producción de un mismo bien (o servicio) son dadas a empresas diferentes.

3. Factores legales

Existen factores legales que incentivan la integración vertical. Por ejemplo, una empresa puede evadir el pago de impuestos, ciertas regulaciones o restricciones mediante la integración vertical. Los casos más comunes son la evasión de precios fijados, los controles de cambios, motivos tributarios, etc.

4. Aumentar las ganancias monopólicas

El objetivo de una empresa que decide integrarse verticalmente puede ser el aumentar sus ganancias monopólicas. Esto lo puede lograr mediante dos mecanismos: el primero se refiere a una empresa que provee un insumo muy específico en una industria muy competitiva. Esta empresa puede aumentar sus utilidades si se integra verticalmente y así se convierte en un monopolio la producción de dicho insumo. El segundo mecanismo es por medio de la discriminación de precios que puede realizar una empresa que se integra verticalmente, ya que de esta manera evita el arbitraje de reventa.

5. Reducción del poder de mercado

La integración vertical también puede tener como objetivo la reducción del poder de mercado de una determinada firma. Por ejemplo, se puede dar el caso de que sea conveniente para una empresa integrarse verticalmente hacia atrás con alguno de sus proveedores que le cobra precios monopólicos por un determinado insumo muy específico.

6. Eliminar externalidades

Finalmente, la integración vertical puede ser una manera eficiente de eliminar externalidades. Por ejemplo, una empresa puede decidir integrarse verticalmente con sus distribuidores y formar una sola gran cadena de producción y distribución. De esta manera internalizaría las externalidades negativas que le podrían causar en su reputación y en su marca, las empresas distribuidoras de su producto que no respetan las normas de calidad, y el diseño de la empresa.

De la literatura económica se desprende que no siempre la integración vertical atenta contra la libre competencia. Se debe analizar cuál es el motivo que la origina en cada caso.

En relación a la integración vertical entre mayoristas y minoristas, el TDLC deja constancia que desde la década del ochenta que esta ha crecido en forma considerable.

Variadas pueden ser las razones para la integración vertical, una de las cuales se puede encontrar en la mayor eficiencia, la cual beneficiaría a los consumidores al verse reducidos los precios finales.

En todo caso, cualquiera sea el motivo, es importante destacar que la integración vertical no implica necesariamente la presencia de colusión, muy por el contrario, a veces conlleva importantes beneficios, por lo que sería un error sancionarla por el solo hecho de probarse su existencia.

Ahora bien, también hay que reconocer que en la medida que existan barreras a la entrada, la integración vertical puede convertirse en una seria amenaza a la libre competencia, ya que se facilitaría la coordinación de precios entre los diferentes actores. En este sentido, el TDLC concluyó que existen normas que impiden la instalación de nuevas estaciones de servicio en determinadas zonas de Santiago, Valparaíso y Viña del Mar, lo que ciertamente constituye una barrera a la entrada artificial.

Por lo mismo, concuerdo en que se debe observar en estas zonas el comportamiento entre mayoristas y minoristas, toda vez que al impedirse la entrada de nuevos competidores en dichos lugares, se produce una disminución en la intensidad de competencia. Esto puede generar un incentivo para que las empresas mantengan precios más elevados por periodos de tiempo prolongados, por cuanto no existiría la amenaza de la entrada de un nuevo competidor.

4.2 Respetto a la investigación y a las medidas propuestas por la Fiscalía Nacional Económica

4.2.1 Comentario respecto a la investigación efectuada por la Fiscalía Nacional Económica.

La investigación de la FNE surgió a partir de las denuncias efectuadas por los diputados Rincón y Leal y del propietario de una estación de servicio, don José Luis Capdevilla H.

El periodo investigado, como ya se expresó anteriormente, comprendió desde febrero de 2001 a septiembre de 2002, y se acompañó importante cantidad de documentos para acreditar la posición de la Fiscalía y sus requerimientos.

No obstante lo anterior, de la sola lectura de la sentencia del TDLC, así como de las respuestas y documentos de las empresas requeridas, queda de manifiesto una serie de imprecisiones por parte de la Fiscalía que denotan la ausencia de mayor acuciosidad en la investigación.

Entre las imprecisiones detectadas, caben destacar las que a continuación se comentan.

4.2.1.1 Conformación accionaria de Sonacol: En el requerimiento de la Fiscalía se indicó que la empresa Sonacol estaría bajo el control de Enap y dos distribuidoras, situación que tuvo que aclarar Enap, por cuanto dicha sociedad no está compuesta por dos, sino por tres distribuidoras –Copec, Esso y Shell–, además de Enap.

El punto no es menor, ya que el rol que ha jugado Sonacol es uno de los argumentos utilizados por la propia Fiscalía para reclamar la existencia de barreras a la entrada.

4.2.1.2 Propiedad de Emalco: La Fiscalía denunció que Emalco es una sociedad que estaría bajo el control de las distribuidoras. Sin embargo, nuevamente Enap tuvo que aclarar que la propiedad de

esta empresa está substancialmente en manos de Enap, por lo que no se entiende la afirmación hecha por la FNE.

4.2.1.3 Capacidad de almacenamiento en la Región Metropolitana: La Fiscalía sostuvo la falta de capacidad disponible, pero de los argumentos de las requeridas y del propio informe de Emalco quedó de manifiesto que hay capacidad más que suficiente para el ingreso de nuevos competidores.

4.2.1.4 Escasez de terrenos para instalar estanques: La FNE argumentó que la escasez de terrenos para instalar nuevos estanques constituía una barrera a la entrada. Esta afirmación también fue objetada por el mismo informe de Emalco, en que se lee que aún habría varias hectáreas disponibles como para instalar nuevos estanques.

4.2.1.5 Estudio de otras variables que afecten los precios: El TDLC indicó que para poder concluir la existencia de colusión entre las requeridas era indispensable demostrar que no hayan existido otras variables que hubieran incidido en el alza de los márgenes de comercialización en el periodo en que hubo una disminución de la demanda. Para lo anterior, la Fiscalía debió haber acompañado algún estudio que respaldara su posición, sin embargo, este estudio no fue realizado.

4.2.1.6 Venta de las distribuidoras durante el año 2001: En el requerimiento de la Fiscalía se expresó textualmente que *“de acuerdo lo estableció la investigación, las ventas totales de las compañías distribuidoras de combustibles, en la Región Metropolitana, experimentaron, en general, una importante disminución en el año 2001 (-26%). En particular, la venta de combustibles a través de las estaciones de servicio, que representa más de la mitad de la venta de combustibles en la Región, experimentó una caída aún más pronunciada (-29%)”*¹⁴.

Sin embargo, la propia Fiscalía tuvo que rectificar y aclarar, más adelante, que las ventas de las distribuidoras de combustibles líquidos solo descendieron un 4,2 % durante el año 2001.

En síntesis, además de la falta de pruebas irrefutables, la propia Fiscalía Nacional Económica, a través de sus errores e imprecisiones ya comentados, contribuyó a que el requerimiento y las medidas por ella solicitadas perdieran fuerza y fueran rechazadas de plano por el TDLC.

¹⁴ Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, citado, página 6.

4.2.2 Comentario respecto a las medidas solicitadas por la Fiscalía Nacional Económica.

Tal como se expresó en el punto anterior, el requerimiento, así como la mayoría de las medidas propuestas por la FNE fueron rechazadas por el TDLC al no poder probarse que hubo colusión entre las compañías denunciadas.

De las medidas solicitadas solo fue acogida íntegramente una de ellas, consistente en solicitar al Ejecutivo que impulse un proyecto de ley que permita a los particulares constituir servidumbres legales para la instalación de nuevos oleoductos. Es decir, una medida que no sanciona a las empresas requeridas, sino más bien, que busca promover la libre competencia.

Comentario aparte, me merece la solicitud de la FNE consistente en que se obligue a Sonacol a alterar su estructura de propiedad.

Sonacol es una sociedad anónima cerrada, con mayoría de capital privado, a la cual no se le pudo probar que su actuación constituyera una barrera a la entrada. Este tipo de medidas extremas solo deben ser exigidas en situaciones graves de atentado contra la libre competencia, en que, por ejemplo, las empresas denunciadas manejen facilidades esenciales y, por lo tanto, no existan otras formas de transporte.

Sin embargo, en este caso en particular, quedó demostrado que existen otras alternativas, como el transporte en camiones tanque. Así también lo reconoció expresamente la sentencia posterior de la Corte Suprema. Además, otorgándose a los particulares la facultad para constituir servidumbres legales, se permitiría que otros competidores puedan construir nuevos oleoductos.

4.3 Sentencia de la Corte Suprema

La sentencia de la Corte Suprema, ya citada, por la cual se rechazó el recurso de reclamación interpuesto por el Fiscal Nacional Económico¹⁵, ratificó la postura del TDLC, en el sentido que la

¹⁵ El art. 27 del D.L. 211 señala en parte de su inciso segundo que “solo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas. Dicho recurso deberá ser fundado y podrá interponerlo el Fiscal Nacional Económico o cualesquiera de las partes, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la respectiva notificación”.

Fiscalía no presentó pruebas suficientes que acreditaran la existencia de colusión ni de barreras a la entrada imputables a las empresas requeridas. Asimismo, aportó algunos fundamentos interesantes de mencionar.

En primer lugar, indicó que las actuaciones sancionadas por el Decreto Ley N° 211 deben ser voluntarias o dolosas y, por lo tanto, que tengan como finalidad el provocar un determinado resultado. Por lo mismo, no puede sancionarse a las empresas por presuntas colusiones tácitas, producto de actuaciones simplemente coincidentes.

En segundo lugar, que el hecho de que las estaciones de servicios tengan precios similares no es algo novedoso o sospechoso, considerando las características propias del producto.

En tercer lugar, que la Fiscalía no logró demostrar la existencia de barreras a la entrada en la etapa de almacenamiento de combustibles.

Y en cuarto lugar, que no se pudo probar la existencia de una integración vertical que tenga por objetivo perjudicar la libre competencia, sino que, más bien, persigue aumentar la eficiencia de las estaciones de servicio.

5. CONCLUSIONES

De lo analizado previamente se puede concluir que el mercado de la distribución de combustibles líquidos es un mercado concentrado, en el cual no es posible apreciar la existencia de acuerdos colusorios, ni de integración vertical que limite la libre competencia, como así tampoco la presencia de barreras a la entrada que puedan ser atribuibles a las actuaciones de las propias distribuidoras.

Es importante que haya quedado establecido, que dado los antecedentes presentados al Tribunal de la Libre Competencia, no era posible concluir que la similitud de precios entre las estaciones de servicio se debía a un comportamiento colusivo. Asimismo, es relevante que tanto el Tribunal de la Libre Competencia como la Corte Suprema consideren la característica de producto homogéneo, como es el combustible líquido, como una variable explicativa para el comportamiento de los precios. En efecto, mientras más homogéneos son los productos, se consideran sustitutos más perfectos y así son percibidos por el consumidor. En estos casos es poco probable encontrar diferencias notorias en los precios. Por el contrario, de-

bieran ser mínimas ya que los oferentes –estaciones de servicio– compiten entre sí en base a otras variables, como la cantidad de servicios asociados que ofrecen y su ubicación, mediante las cuales tratan de diferenciar su producto o marca.

Finalmente, es destacable la seriedad y profundidad con que el TDLC analizó el tema en cuestión que, a través de su rechazo al requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y pedagogía y claridad en el contenido de la sentencia, viene a reforzar los principios de libertad y estabilidad en las reglas del juego, claves para el buen funcionamiento de una economía de mercado.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1 Obras consultadas

- CARLTON y PERLOFF. “Vertical Integration and Vertical Restrictions”, cap. 13 del libro *Modern Industrial Organization*, 1994.
- BENAVENTE, E. “Los contratos de distribución comercial”, DNeg, N° 122, 2000.
- BROSETA, M. “Manual de Derecho Mercantil”, 2003.
- COLOMA, G. “Defensa de la Competencia”, 2003.
- COMISIÓN EUROPEA. “La política de competencia en Europa: norma de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y de distribución”, 2002.
- ESCUDERO, A. “Apuntes de derecho de la competencia”, 2002.
- ESPECHE, N. “Defensa de la Competencia”. 2001.
- GEROSKI, P. “Barriers to entry and intensity of competition in European markets”, 1989.
- KORAH, V. “Cases and materials on EC competition law”, 1997.
- MONTT, L. “Ley Antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva”. Tomos IX, X y XI. Ediciones 1999, 2002.
- PORTER, M. “On competition”, 1998.
- RIMOLDI DE LADMAN, E. “Derecho y Política de Defensa de la Competencia”, 2000.
- SCHUMPETER, J. *Capitalism, Socialism and Democracy* (1942).
- VISCUSI, W.; Vernon, J.; Harrington, J. “Market Structure and Strategic Competition”, cap. 6 del libro *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press, 1996.
- WITKER, J. “Derecho de la Competencia en América”, 2000.

6.2 Normativa, documentos y jurisprudencia.

- Sentencia N° 18/2005 del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de la República de Chile, de fecha 10 de junio de 2005.

- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de COMPAÑÍA DE PETRÓLEOS DE CHILE S.A.; ESSO CHILE PETROLERA LTDA., SHELL CHILE S.A., e YPF PETRÓLEOS TRASANDINO YPF S.A., de fecha 5 de noviembre de 2002.
- Decreto Ley N° 211, de 1973.
- Reglamento (CE) N° 2790/1999 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas; Diario Oficial L 336 de 29.12.1999.

Concubinato y sociedad conyugal: conflictos jurídicos que derivan de una superposición¹



JORGE BARAONA GONZÁLEZ²

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes y P. Universidad Católica de Chile

RESUMEN EJECUTIVO

El fallo de la Corte Suprema es de vital importancia para ordenar una cuestión que en Chile no tiene fácil solución, como es conciliar los derechos patrimoniales del cónyuge casado en sociedad conyugal (marido), con la actual pareja de su consorte con quien convive. Esta cuestión es de crucial importancia, pues, si se estima que lo que debe privilegiarse es la sociedad conyugal, quiere decir que la comunera (conviviente) solo podrá participar, como tal, en los bienes del marido, una vez que se liquidara la sociedad conyugal habida con su mujer, es decir, una vez que se apartase de la masa partible lo que teóricamente pertenecía a la mujer, en su calidad de cónyuge, por concepto de mitad de gananciales. La solución que se adoptara tenía un innegable sentido práctico, aparte de la cuestión teórica, en cuanto esta incide en la relevancia de la familia matrimonial, como modelo de comportamiento social. La sentencia de la Corte Suprema claramente opta por privilegiar a la sociedad conyugal. Estimó la Corte que la existencia de la sociedad conyugal, significa que ella debe preferirse a otra eventual situación de comunidad en que se pudiera encontrar el cónyuge. El estudio insistirá en que si bien esta solución, en lo conceptual es razonable, para el caso en cuestión resulta del todo inadecuada, porque prescinde de un aspecto que parece esencial: la cuestión probatoria, es decir, si existía o no una comunidad entre el cónyuge fallido y un tercero, en este caso la conviviente. El trabajo apuntará a demostrar que la sentencia de segunda instancia hizo un cuidado y minucioso análisis de la prueba rendida. Por último, y de cara a una política pública, el trabajo concluye que este tipo de conflictos, en donde los aspectos patrimoniales son evidentes –se discute si en el patrimonio del causante tiene o no interés la concubina– no deben buscarse soluciones abstractas, sino encaminarse por la realidad de los hechos concretos; en este sentido la cuestión probatoria en el juicio parece trascendental.

SUMARIO

1.- Introducción. 2.- Los Antecedentes del Fallo. 3.- Las normas de la sociedad conyugal tienen carácter de orden público. 4.- El concubinato no supone necesariamente comunidad de bienes entre los convivientes. 5. Criterios que permiten detectar una

¹ Comentario a la sentencia recaída en un recurso de casación, en los autos caratulados “Grech con Álvarez”, CORTE SUPREMA, sentencia de 12 de mayo de 2005, Rol n° 5414-03, pronunciada por los ministros señores Hernán Álvarez G., Eleodoro Ortiz., Enrique Tapia W., Jorge Rodríguez A., Enrique Cury U.

² El autor del trabajo agradece la colaboración del Licenciado en Derecho, PUC, don Jaime Alcalde S.

comunidad entre convivientes. 6.- El concurso de concubinato y la sociedad conyugal. 6.1. Aproximación. 6.2. Comunidad y sociedad conyugal. 7.- Protección de los terceros, apariencia y registros públicos. 8.- La prueba rendida en el proceso. 8.1. El análisis probatorio de la sentencia de reemplazo. 8.2. La interpretación del artículo 1739 del Código Civil. 8.3.- La prueba analizada. 8.3.1.- Las adquisiciones del señor Manuel Álvarez a título exclusivo y oneroso y sin participación de la actora, compareciendo como casado e implícitamente como administrador de la sociedad conyugal. 8.3.2.- El informe pericial que concluye en la separación de patrimonios, y el patrimonio de la actora. 8.3.3.- La falta de incorporación de la actora a la sociedad de inversiones del causante. 8.3.4.- La aceptación del usufructo vitalicio por parte de la actora, sobre un bien raíz perteneciente a la sociedad conyugal. 8.4.- La falta de prueba pormenorizada. La sentencia de reemplazo no analiza debidamente la prueba ofrecida. 9.- El rechazo de la pretensión subsidiaria. 10.- Conclusiones. 11.- Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 12 de marzo del año 2005, nuestra Corte Suprema de Justicia resolvió, por vía de una casación en la forma de oficio, una cuestión extraordinariamente importante referida al conflicto suscitado entre la concubina o conviviente de un difunto, y sus herederos y asignatarios por causa de muerte, entre los que se incluía a la mujer. Demandó la conviviente el reconocimiento de su condición de comunera en determinados bienes del causante, y supletoriamente que se le remunerara por los servicios prestados al causante, bajo los principios del enriquecimiento injusto.

El problema que se suscitó era importante, porque le permitió a nuestra Corte Suprema fijar criterios jurídicos que permitan resolver este tipo de conflictos —por desgracia bastante corrientes en nuestro país— y cuya oscuridad solo puede contribuir a hacer menos seguro el tráfico jurídico.

El fallo no ha encontrado unanimidad entre los autores, respecto del sentido jurisprudencial que pueda tener. Para algunos, la sentencia supone una cierta alteración de la doctrina que desde hacía muchos años venía sustentando nuestro más alto tribunal de justicia, en el sentido de dar protección jurídica a los convivientes, pese a la precariedad y falta de legitimación jurídica de su unión, para lo cual la Corte ha recurrido a diversas líneas de solución, que le ha permitido dar sustento a determinadas pretensiones patrimoniales entre los concubinos: comunidad de hecho, sociedad de hecho, enriquecimiento sin causa, etc.³ La protección o privilegio que del

³ Sobre el concubinato en general, vid.: ÁLVAREZ NÚÑEZ, Carlos, "Algunas consideraciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales sobre el concubinato", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 143 (1968), pp. 5-31; BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*

fallo se desprende en favor de la sociedad conyugal, ha hecho pensar a algunos que existe a este respecto una cierta regresión, o involución jurisprudencial⁴. Otro sector doctrinal, por el contrario, ha entendido que de esta sentencia no pueden derivarse consecuencias definitivas, que supongan una desarmonía con lo anteriormente resuelto por nuestra Suprema Corte, toda vez que la cuestión parece haber sido resuelta atendiendo más a aspectos probatorios que a criterios dogmáticos que supongan un privilegio abstracto de la sociedad conyugal en contra de un relación de mera convivencia⁵.

Al Comité Editorial le ha parecido interesante comentar el fallo y recibí el encargo con entusiasmo, porque el asunto envuelve cuestiones patrimoniales importantes en el tráfico jurídico, y ayuda a echar luces sobre una materia, como es la sociedad conyugal, que lamentablemente en la mayoría de nuestros operadores del foro, no parecen exhibir un manejo excesivamente diestro⁶.

(Editorial Lexis Nexis, Santiago, segunda edición, 2004), pp. 44-111; DURÁN BACHLER, Samuel, "Situación jurídica de las parejas no casadas", en *Gaceta Jurídica* 77 (1986), pp. 8-14; MEZA BARROS, Ramón, *Derecho de familia* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, segunda edición actualizada, 1989), I, n^{os} 720-735, pp. 423-435; PINTO ROGERS, Humberto, *El concubinato y sus efectos jurídicos* (memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Impresos Sección Materiales de la Caja Nacional de Ahorros, Valparaíso, 1942); QUINTANILLA PÉREZ, Antonio, *Algunas cuestiones en torno al concubinato*, en VV. AA., *Estudios de Derecho Civil en memoria del Profesor Víctor Pescio* (Editorial de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1976), pp. 211-248; RAMOS PAZOS, Ramón, *Derecho de familia* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tercera edición, 2000), II, Título final, pp. 594-615; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Derecho de familia* (Editorial Nascimento, Santiago, 1963), capítulo VI, pp. 169-178; y el clásico libro de ZANNONI, Eduardo, *El concubinato (en el Derecho Civil argentino y comparado latinoamericano)* (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970).

Actualmente, existen en el Congreso Nacional dos proyectos de ley que buscan regular los efectos del concubinato. Mientras uno de ellos solo persigue definir el régimen de bienes que se forma entre los concubinos, asignándole el carácter de un cuasicontrato de comunidad (ingresado el 15 de octubre de 2003, Boletín n° 3377-07), el otro busca dar un estatuto orgánico a las uniones de hecho heterosexuales estables y continuas, regulando tantos los aspectos patrimoniales como personales (ingresado el 7 de abril de 2004, Boletín n° 3494-07).

⁴ Tempranamente fue el reclamo que por la prensa asentó el abogado de la parte perdedora, una vez que se conoció el fallo desfavorable a las pretensiones de su cliente.

⁵ Es la postura que ha tenido el profesor GONZÁLEZ HOCH, Francisco, "Concurso de sociedad conyugal y convivencia de hecho", en *La Semana Jurídica*, del 30 de mayo de 2005. El señor González fue el abogado que con éxito defendió los derechos de los demandados y, en consecuencia, obtuvo el reconocimiento del derecho de la mujer y sus hijos, de excluir de toda pretensión en la herencia del causante a la concubina demandante, fundado en que no se había acreditado la comunidad pretendida o alegada por la demandante, o los trabajos cuya remuneración pedida se le retribuyeran.

⁶ He oído al abogado integrante don René ABELIUK MANASEVICH quejarse de que los asuntos sobre sociedad conyugal que llegan a la Corte Suprema, no siempre están apoyados con el respaldo dogmático suficiente (exposición oral sobre *Alessandri y Somarriva*, en *El Código Civil y la Doctrina*, homenaje a los 150 años del Código

Las cuestiones que parecen importantes del fallo, y a las cuales se referirá este comentario, son las siguientes: criterios para resolver los problemas de concurrencia de una concubina y una sociedad conyugal; aspectos probatorios relevantes a la hora de probar una comunidad o sociedad de hecho; la cuestión de la apariencia y la necesidad de proteger el tráfico jurídico.

2. LOS ANTECEDENTES DEL FALLO

La sentencia de la Corte Suprema que comentamos recayó en un recurso de casación en la forma y en el fondo, que había sido interpuesto por la parte demandada, en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 25 de septiembre de 2003⁷. Este fallo había confirmado la sentencia de primera instancia⁸ por el que se acogía la demanda interpuesta por doña Gladis Grez Jahnsen en contra de los integrantes de la sucesión de don Manuel Álvarez Jiménez, en la parte que pedía se declarara la existencia de una comunidad entre la demandante y la sucesión del señor Manuel Álvarez, equivalente a un 50% de los “derechos adquiridos durante la vigencia de dicha comunidad”. La Corte Suprema, junto con rechazar los recursos, decidió casar de oficio el fallo y procedió a dictar una sentencia de reemplazo, en la cual decidió, por la unanimidad de la sala, desechar la demanda en todas su partes, sin costas. El fallo fue redactado por el ministro señor Jorge Rodríguez A.

El juicio se inició por demanda civil en juicio ordinario, en la cual la demandante, que había convivido por más de 36 años con el causante, a la muerte de su conviviente, demanda a la sucesión de este, compuesta por sus dos hijos y su mujer, con la cual el causante, pese a haberse separado de hecho, se mantuvo casado hasta su muerte y no había puesto término ni liquidado la sociedad conyugal que los vinculaba. La demandante pedía que se le reconociera el carácter de comunera en ciertos y determinados bienes quedados al

Civil, VI *Encuentro de Profesores y Ayudantes de Derecho Civil*, Universidad de los Andes, 14 de diciembre de 2005). Hoy, a diferencia de ayer, parece que los abogados sabemos menos de sociedad conyugal, y en todo caso menos de lo que esta delicada materia demanda.

⁷ Octava Sala, ministros señores Mauricio Silva Cancino, Carlos Cerda F., redactor del fallo, y el abogado integrante don Óscar Herrera V.

⁸ 13^{er} Juzgado Civil de Santiago, de 18 de abril de dos mil uno, dictada por doña Clara Carrasco Andoníe, Rol 5508-1998.

fallecimiento de su conviviente y comunero, adquiridos como consecuencia de esfuerzos personales de los convivientes en la producción de los mismos. Como petición subsidiaria, la demandante pretendía que se condenase a la comunidad a remunerar o compensar sus servicios personales prestados abnegadamente durante 36 años al causante, fundados en el principio del enriquecimiento sin causa, servicios que la demandante valoraba en \$ 660.000.000.

La sentencia de primera instancia decide acoger la demanda principal, reconoce la existencia de la comunidad entre demandante y causante, precisa que los derechos que le corresponden en ella ascienden a un 50%, y ordena que se proceda a la liquidación de la misma, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 277 n° 1 del Código Orgánico de Tribunales. Sin embargo, no precisó de primer grado cuáles eran los bienes sobre los que recaía la comunidad, no obstante que en el libelo de demanda se habían singularizado.

La cuestión de fondo que se resuelve a favor de la demandante es que, pese a que la convivencia fue solo de hecho, debía entenderse que los bienes que había dejado el causante, encontraban parte importante su causa en el esfuerzo común de los convivientes. En una análisis extenso de la prueba, la sentencia concluye que, en el considerando 23°, 1 “[q]ue, en esas condiciones, no puede sino presumirse fundadamente que la participación de doña Gladis Grez en la vida de don Manuel Álvarez tuvo una importancia que escapa a lo meramente afectivo, ya que ella traspasó con creces los límites de socorro y ayuda mutua que se deben las personas cuando deciden unir sus vidas y compartir todas las vicisitudes que ello conlleva, quedando esto plenamente demostrado con la absoluta entrega y abnegación empleada en el cuidado personal de su compañero de casi toda una vida cuando este enfermó gravemente y estuvo allí para presente para auxiliarlo y consolarlo en tal difícil momento”.

La demandante alegó, y el tribunal tuvo por probado el hecho, de que el causante si bien se había casado muy joven con la madre de sus dos hijos, se había separado de hecho muy prontamente, y desde 1962 había iniciado una convivencia con la demandante, hasta el día en que falleció en 1998. El causante al momento en que inició la convivencia, no tenía una situación económica holgada, muy por el contrario, su origen modesto le había impedido hasta ese momento tener un patrimonio importante. De hecho, al iniciar la convivencia el causante, se traslada a vivir al departamento de la demandante. Una primera etapa la sentencia la sitúa desde 1962 hasta el año

1980, momento en que la situación patrimonial del señor Manuel Álvarez cambia, porque se incorpora como socio en una sociedad de importaciones en la que trabajaba y comienza a hacer una serie de inversiones en la Bolsa de Comercio, con singular éxito, transformándose al cabo de unos años en un acaudalado hombre de negocios. Al momento de fallecer tenía un patrimonio importante, sostenido en una sociedad de inversiones que había creado con su único hijo hombre. Para el fallo de primera instancia, el esfuerzo de la demandante en el origen de esta fortuna estaba en que ella pudo no solo ayudar a sostener económicamente a la pareja durante largos años, aportando el hogar común, sino que se involucró muy directamente en el trabajo de su pareja apoyando sus negocios, gracias a sus habilidades como secretaria, su manejo del idioma inglés y su mejor roce social. Tomando en consideración lo anterior y el hecho de que la fortuna del causante no aparece sino muchos años después de iniciada la convivencia, la sentencia de primer grado concluye en que entre la actora y el causante existía una comunidad de bienes, lo que lleva al sentenciador a hacer lugar a la demanda.

En el fallo de segunda instancia, luego de desechar el recurso de casación en la forma que había interpuesto la demandada, se aboca a resolver la apelación deducida como subsidiaria, confirmando el fallo de primera instancia haciéndole algunas modificaciones y agregándole nuevas consideraciones, básicamente destinadas a analizar minuciosamente la prueba rendida. Afirma el fallo que “la sentencia ha recogido acertadamente los fundamentos de la acción, que no se confirma en el mero hecho de la convivencia entre doña Gladys Grez y don Manuel Álvarez, sino en un *adendum* al que la actora ha asignado trascendencia para el éxito de su pretensión, a saber, que los bienes sobre los cuales se pide se declare existe comunidad, fueron adquiridos mediante el esfuerzo común entre ambos”. A continuación y de una manera prolija y con una escritura elegante, el fallo analiza cada uno de los elementos o requisitos necesarios para que exista una comunidad, a saber: 1) patrimonio conjunto; 2) administración conjunta; 3) aportes en bienes o en dinero efectuado por doña Gladys a los negocios de don Manuel; y 4) trabajo conjunto y personal de los dos. Haciéndose cargo de la prueba rendida, los magistrados de la Corte de Apelaciones de Santiago concluyen que se dan todas y cada una de estas exigencia, por lo que resuelven confirmar la sentencia apelada.

La Corte Suprema entra a conocer del caso, por la vía de sendos recursos de casación en la forma y en el fondo que presentan los

demandados. Probablemente con el propósito de entrar al conocimiento general del asunto, y así no quedar constreñida por los hechos tenidos como firme por los jueces del fondo, decide casar de oficio en la forma el fallo de segunda instancia, bajo el argumento de que la sentencia recurrida no contenía todas las consideraciones de derecho, pues el fallo de segunda instancia no se había hecho cargo de analizar las reglas que ofrece el Código Civil sobre sociedad conyugal, y que eran pertinentes para resolver el asunto. El considerando pertinente de la sentencia de casación dice textualmente: "Que, sin embargo, en el fallo confirmatorio recién mencionado no se advierte análisis ni consideración alguna de las normas legales que rigen la sociedad conyugal habida entre don Manuel Álvarez Jiménez y doña Eliana Pérez Carreño y sus efectos, institución que hace variar la situación jurídica de los bienes adquiridos por don Manuel Álvarez Jiménez, con influencia determinante en la decisión de la controversia, de lo cual se desprende que la sentencia impugnada ha incurrido en la causal de casación formal a que se refiere en el artículo 768 n° 5 en relación con lo dispuesto en el artículo 170 N° 4, ambos del Código del Procedimiento Civil" (cfr. considerando séptimo).

La sentencia de reemplazo que se dicta a continuación, cambia el enfoque en la solución del caso y descansa en cuatro elementos básicos. Por un lado, afirma la supremacía de las normas sobre sociedad conyugal respecto de las relaciones que pudieran surgir de una convivencia de hecho, reconociéndoles el carácter de orden público, y por lo mismo indisponibles para los particulares (considerandos sexto y undécimo). De otro lado, se considera que el solo hecho de que dos personas mantengan un concubinato, no se deriva necesariamente una comunidad de bienes entre los convivientes. En tercer lugar, se interpreta que la presunción del inciso primero del artículo 1739 del Código Civil, está básicamente pensada para que la mujer pueda rendir una prueba necesaria para sustraer los bienes de la masa que comprometen la responsabilidad patrimonial del marido, o para resolver conflictos entre los cónyuges, pero no para acreditar que un determinado bien pertenece a un tercero. Por último, la Corte estimó que pese a que la prueba rendida en los autos llevaba a concluir la existencia de la convivencia prolongada entre la actora y el señor Manuel Álvarez, sin embargo, había evidencia de la separación de los patrimonios entre los convivientes los que administraban independientemente. La Corte estimó que no hubo prueba pormenorizada de la existen-

cia “de la comunidad y participación porcentual en ella que sobre bienes precisos y determinados la actora persigue en su demanda de fojas 1, no ha sido probada pormenorizadamente en autos, como debió serlo por exigirlo el régimen de titularidad y modos de adquirir el dominio prescrito en la ley y toda la normativa de derecho público más arriba analizada, garantizadora de la universalidad del régimen de sociedad conyugal, que impide que una pretendida comunidad de bienes fundada en una convivencia concubinaria atente o prevalezca sobre la institucionalidad de la sociedad conyugal” (cfr. considerando undécimo).

3. LAS NORMAS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL TIENEN CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO

La cuestión central que se dirimió en este asunto era el criterio que debía tenerse a la hora de resolver un concurso entre una convivencia de hecho de un marido que mantiene vigente con su mujer el régimen de sociedad conyugal.

La Corte Suprema en considerandos precisos, y tal vez pocos, se inclina claramente a favor de las reglas de la sociedad conyugal. Estima que no puede una conviviente pretender preeminencia a la hora de determinar el régimen jurídico de la adquisición de un bien que haga el marido. Para la Corte, y con razón en mi criterio, la sociedad conyugal es un régimen matrimonial que al adoptarse –tiene el carácter supletorio legal (artículo 135 inciso primero del Código Civil)– se impone a las partes, sin más, es decir no están en los cónyuges decidir el tratamiento de un determinado bien, es decir, a qué masa o haber (patrimonio) debe ingresar. Es la ley la que resuelve estas cuestiones con sentido imperativo⁹. Es importante este punto, porque efectivamente pudiera existir la tentación de pensar que el régimen adoptado, como es la sociedad conyugal, puede ser de alguna manera atenuado por voluntad unilateral, o incluso bilateral, de los cónyuges, con clara trasgresión de la ley. La doctrina que sienta la Corte Suprema en este fallo, permite confir-

⁹ Como recuerda LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tercera edición, 2001), II, n° 72, p. 439, para la doctrina clásica (que atribuye a la voluntad la virtud de ser la principal fuente de efectos jurídicos), el régimen matrimonial supletorio, que en nuestro país es la sociedad conyugal, constituye un caso de interpretación legal, en el que el silencio absoluto de las partes debe entenderse como aceptación de tal régimen de bienes.

mar que la sociedad conyugal opera en abstracto, por sobre la voluntad de los cónyuges. Y es razonable que sea así, pues, por su propia naturaleza, se trata de una modalidad patrimonial cuya función básica es dar protección a la mujer, en cuanto se entiende que esta destina mayor tiempo de su vida útil, especialmente en los primeros años, a la atención de la familia, lo que le impide acceder a un trabajo remunerado¹⁰. Cualquier atenuación de estas normas, por la vía de darle al marido la posibilidad de corregir o alterar las reglas de adquisición de bienes (verbigracia, artículo 1754 del Código Civil), puede hacer que el régimen pierda el sentido protector que la misma le confiere. El mismo criterio subyace en las normas que regulan las capitulaciones patrimoniales, que si bien privilegian la libertad de los cónyuges para estipular aquellos pactos que crean necesarios a fin de regir la situación patrimonial existente entre ellos (como optar por el régimen de separación de bienes o el de participación en los gananciales), siguen conservando un núcleo de indisponibilidad en razón del orden público familiar que inspira la institución del matrimonio en la cual se insertan y que limitan este fenómeno que se ha denominado “contractualización del derecho privado extrapatrimonial”¹¹⁻¹².

Y una protección del régimen de la sociedad conyugal es importante, no solo por esa funcionalidad intrínseca que se detecta, sino,

¹⁰ Señala ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada (artículo 150 y Título 22 del Libro IV del Código Civil)* (Editorial Universitaria, Santiago, 1935), n° 18, pp. 34-35, que “el régimen de comunidad es el que se armoniza mejor con la naturaleza y fines del matrimonio. Por eso, es el que cuenta con más aceptación de en las legislaciones y en los autores. Si el matrimonio crea una unión estrecha e íntima entre las personas, igual unión debe producirse en los bienes; la comunidad de vida acarrea necesariamente la de intereses”. Continúa el decano diciendo que: “Este régimen es, además, justo y equitativo, puesto que hace comunes los bienes adquiridos durante el matrimonio y a cuya adquisición han cooperado los cónyuges, cada uno en la esfera de sus actividades”. Y concluye expresando: “Este régimen tiene también la ventaja de interesar a la mujer en la conservación de los bienes sociales, ya que la hace copartícipe en ellos, lo cual su espíritu de ahorro y economía y la induce a evitar los gastos inútiles y exagerados”. En sentido similar, RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Regímenes patrimoniales* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997), p. 47.

¹¹ Sobre este la contractualización del derecho privado extramatrimonial, vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, “Nuevas formas de contratación y sistema de Derecho privado”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 201 (1997), pp. 64-65.

¹² Cfr. RODRÍGUEZ GREZ: (n. 9), p. 46: “Por consiguiente, la extensión de las normas que regulan la sociedad conyugal puede estar limitada por el convenio de los esposos en las capitulaciones matrimoniales o en la ley. En este último caso estamos, indudablemente, frente a normas de ‘orden público’ que impiden la disposición de los interesados”.

además, porque aparece como congruente con la necesidad de proteger la familia, ordenada por la Constitución. Es obvio que entre dos modelos de familia, la constituida en torno al matrimonio o la basada únicamente en la mera convivencia, debe privilegiarse la primera, por mandato de la propia Constitución¹³. El inciso primero de la Ley n° 19.947 (Nueva Ley de Matrimonio Civil), no obstante reconocer implícitamente otros modelos de familia, asigna al matrimonio el carácter de “base principal de la familia”, reafirmando la expresión constitucional que “[l]a familia es el núcleo fundamental de la sociedad” (artículo 1° inciso segundo).

4. EL CONCUBINATO NO SUPONE NECESARIAMENTE COMUNIDAD DE BIENES ENTRE LOS CONVIVIENTES

En el caso que se analiza, el hecho básico que los jueces del fondo, y también la Corte Suprema, tuvieron como probado, fue el que existió un largo concubinato entre el causante y la demandante: más de 36 años. Es más, este tiempo de convivencia superó con mucho el corto lapso en que marido y mujer, vivieron juntos, solo unos 5 a 6 años. Sin embargo, de todos los fallos es posible derivar una segunda conclusión, que también nos parece importante. Del solo hecho que un hombre y una mujer vivan juntos, aunque lo hagan por mucho tiempo, no se deriva necesariamente que exista entre ellos una comunidad de bienes¹⁴. En efecto, pese a que una convivencia *more uxorio* entraña una solidaridad intensa, no puede deducirse ni proyectarse una vinculación patrimonial entre ellos¹⁵. Ni siquiera en una pareja unida en matrimonio la cosa es diferente, toda vez que los cónyuges bien pueden convenir en la separación total de bienes, lo que hace supone que no hay comunidad ni unión

¹³ Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia* (Colección Jurídica, Universidad de los Andes, 1994), pp. 23-30.

¹⁴ La sentencia de segunda instancia lo afirma de manera clara, en el considerando 9 del fallo: que la sentencia ha recogido acertadamente los fundamentos de la acción, que no se confina con el mero hecho de la convivencia entre doña Gladys Grez y don Manuel Álvarez, sino de un *adendum* al que la actora ha asignado trascendencia para el éxito de su pretensión, a saber, que los bienes sobre los cuales se pide se declare existe comunidad, fueron adquiridos mediante el esfuerzo común.

¹⁵ La doctrina y la jurisprudencia están contestes en que el concubinato o unión de hecho no matrimonial no genera, por sí mismo, efectos jurídicos de carácter patrimonial entre las personas que lo forman. Cfr. BARRIENTOS GRANDÓN y NOVALES ALQUÉZAR: (n. 2), pp. 81 ss. y ZANNONI: (n. 2), p. 40 s.

de patrimonios entre ellos¹⁶. Este principio que queda firmemente asentado, no significa que el concubinato no pueda generar efectos patrimoniales.

Es cierto que nuestra jurisprudencia con el tiempo ha ido inclinándose a proteger a la pareja de hecho, en lo que se refiere a ciertas cuestiones patrimoniales, especialmente de cara a la sucesión del conviviente, recurriendo a diversas soluciones, lo que podría llevar a pensar que la sentencia que comentamos supondría una cierta involución. Pero no debe perderse de vista que el asunto que sirve de base al fallo tenía una mayor complejidad, porque se trataba de una convivencia superpuesta a un matrimonio vigente, y que vinculaba a los cónyuges bajo las reglas de la sociedad conyugal. La cuestión patrimonial entre los convivientes no podía analizarse prescindiendo de la realidad anterior que afectada a uno de los convivientes, el marido en nuestro caso. La falta de esta consideración fue el principal defecto de las sentencias de primer y segundo grado, que fue advertido por la sentencia de casación. Se habían resuelto las cuestiones patrimoniales de la convivencia sin atender a esta realidad, que, por ser previa y provenir de la misma ley, debía ser respetada.

5. CRITERIOS QUE PERMITEN DETECTAR UNA COMUNIDAD ENTRE CONVIVIENTES

De que de una convivencia no se siga necesariamente una comunidad de bienes, no significa que entre los convivientes no pueda existir alguna integración patrimonial, ya se ha dicho. Pues una larga convivencia entre dos personas, como es el caso que estudiamos, puede llevar a concluir que en la pareja hay una solidaridad que sobrepasa el mero afecto, y por lo mismo, un juez debe estar abierto a analizar las posibles confluencias patrimoniales de la pareja. El concubinato sin ser un hecho jurídico que suponga la comunidad, es una realidad fáctica que puede dar lugar a ella, por lo que el juez debe estar disponible para recibir prueba en este sentido¹⁷.

¹⁶ Distinto es con respecto de terceros, porque el hecho de que exista familia común permite a los acreedores del marido, o de la mujer, ejercer el derecho de prenda general, incluso en bienes del otro cónyuge, cuando el acto vaya en beneficio de este cónyuge o de la familia común (cfr. artículo 161 del Código Civil).

¹⁷ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Indivisión y partición* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, quinta edición, 2002), pp. 73-75, explica que uno de los orígenes de la comunidad o indivisión es el concubinato, conforme con nuestra jurisprudencia. Sin

Tanto es así, que la misma Corte Suprema en su sentencia no rechaza de plano este aspecto, sino que advierte que no ha habido prueba pormenorizada de la comunidad (Cfr. considerando undécimo).

¿Y cómo saber cuándo hay comunidad entre dos convivientes?

En cuanto al origen de la comunidad, ya se ha dicho que puede ser diverso. En el caso que comentamos, la pretensión de la actora la funda en la convivencia que se prolonga por más de 36 años, que ha derivado en un esfuerzo común para la adquisición de bienes que indican¹⁸. Esta sería la causa básica de la cual se derivaría el derecho de la demandante a que se le reconociera su participación como comunera en los bienes que precisa y que compartía con el causante.

En nuestra doctrina y jurisprudencia es admisible que efectivamente el esfuerzo común pueda llevar aun comunidad de bienes, la dificultad está más bien en establecer la conexión causal entre el esfuerzo desplegado y la adquisición misma (modo de adquirir), particularmente cuando se trata de bienes registrables, porque, como se sabe, el hecho inmediato que origina la comunidad es la titularidad compartida sobre un bien determinado (artículo 204 del Código Civil).

embargo, si bien en la nota 13 se señaló que la doctrina y jurisprudencia son de la opinión que el concubinato no es fuente *per se* de efectos patrimoniales entre los concubinos, nada impide que estos efectivamente se produzcan. En esos casos, la forma de proteger los bienes en común ha sido diversa, distinguiéndose dos modelos: la comunidad de bienes y la sociedad de hecho, aunque para efectos prácticos la distinción no tiene mayor relevancia. Incluso, en una oportunidad, la Corte Suprema resolvió la demanda de una mujer que solo había contraído matrimonio religioso con el demandado, sin haber formalizado su unión ante la ley civil, estableciendo que entre ambos había existido un cuasicontrato innominado que autorizaba a la mujer a ser reembolsada de los servicios prestados durante la vida en común, consistentes en la atención personal de la familia, la administración de la casa, la crianza de los seis hijos en común, el cuidado de la ropa de vestir y alimentación del demandado, a quien también ayudaba en faenas agrícolas. La diferencia de este caso radicaba en que la mujer reclamaba el pago de los servicios y no el destino de los bienes adquiridos durante la unión, nuestro más alto tribunal accedió a lo pedido diciendo que entre los concubinos había existido un cuasicontrato innominado surgido de la colaboración prestada por la mujer en el negocio explotado en común (CORTE SUPREMA, sentencia de 18 de agosto de 1920, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* XIX (1922), sección primera, p. 256). Sobre la distinción entre el régimen de bienes adquiridos durante el concubinato y el régimen de los servicios prestados durante el mismo, vid. BARRIENTOS GRANDÓN y NOVALES ALQUÉZAR: (n. 2), pp. 86 ss.

¹⁸ SOMARRIVA UNDURRAGA: *Indivisión* (n. 16), p. 74, expresa que entre los concubinos “puede existir una comunidad por el hecho simple de haber adquirido bienes durante el concubinato con el esfuerzo común y la cooperación mutua”.

La demandada alegó que, conforme con nuestra jurisprudencia, eran cuatro los elementos que debían darse para hablar de una verdadera comunidad, y que en la especie no se daban, a saber: 1) patrimonio conjunto; 2) administración conjunta; 3) aportes en bienes o en dinero efectuados por la demandante a los negocios y actividades del causante; y 4) trabajo conjunto o personal de la pareja. Esta exigencia dogmática hizo tal fuerza en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que dedicó prácticamente la totalidad de los nuevos considerandos que agregó al fallo de alzada, a desentrañar si probatoriamente estaban dados todos estos elementos, para concluir en la afirmativa.

Creo que lo central en este caso era acreditar que efectivamente había una comunidad, la que en mi criterio deriva fundamentalmente del esfuerzo de trabajo o aporte común en dinero u otras especies, que dé lugar a la adquisición de un conjunto de bienes comunes. No me parecen esenciales para constituir la comunidad los otros elementos. La administración conjunta, porque bien puede entregarse la administración a uno de los copartícipes, sin que por ello deje de existir comunidad, aunque es evidente que el hecho de que ambos comuneros administren conjuntamente es un buen indicio de la existencia del haber común. Ni tampoco me parece esencial el trabajo compartido, porque ello supone reiterar una exigencia, que ya está dada por la exigencia del aporte de ambos. En lo que se refiere al patrimonio común, definitivamente no puede ser una exigencia en sí, porque no necesariamente una comunidad supone que entre ambos copartícipes exista un activo o pasivo compartido. Es obvio que una comunidad derivada de un concubinato debería tender a una solidaridad tanto en el activo como en el pasivo, por lo que la existencia de un haber común debiera conllevar un pasivo igualmente compartido, pero no me parece esencial. Con todo, la existencia de ese pasivo, naturalmente, es una buena prueba de la comunidad alegada.

Por ello, dos son los aspectos que, creo, deben concurrir y distinguirse con claridad, para poder llegar a establecer la existencia de la comunidad. De un lado el aporte de ambos, en trabajo, dinero u otros bienes, y del otro, la adquisición en común.

Un puro aporte compartido que no se traduzca en adquisición común, puede generar un crédito a favor del aportante o un derecho a exigir una retribución económica derivada de un acción enriquecimiento sin causa, sin que necesariamente quien hizo el aporte de

bienes o trabajo se haga dueño en común de los bienes adquiridos. El inciso final del artículo 1739 del Código Civil, ilumina bien este aspecto, cuando afirma: *“Se presume que todo bien adquirido a título oneroso por cualquiera de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal y antes de su liquidación, se ha adquirido con bienes sociales. El cónyuge deberá por consiguiente, recompensar a la sociedad, a menos que pruebe haberlo adquirido con bienes propios o provenientes de su sola actividad personal”*.

Por ello, es imprescindible que concorra también la adquisición común, lo que dependerá del título y modo de adquirir y de los bienes que se adquieran. Es natural que esta adquisición común tenga mayor importancia al inicio de la comunidad, en donde efectivamente esta debe formarse y acreditarse. Luego de este hecho, la administración del conjunto común de bienes ya formado, tiene su propia dinámica, de la que pueden generarse nuevas adquisiciones que incrementarán el haber común sin que en este caso el elemento de adquisición conjunta se haga imprescindible. Pero, una vez más, la cuestión causal será elemental, porque debe haber una congruencia causal entre lo que ambas partes aparecen teniendo y el aporte que han hecho, con respecto al incremento patrimonial que se ha producido. Si no existe esta consistencia, quiere decir que uno de los miembros de la pareja aparece con bienes que no tienen causa onerosa, lo que parece esencial, particularmente cuando el concubinato concursa con una sociedad conyugal, en donde la ley ofrece reglas de orden público para ordenar la adquisición de bienes entre los cónyuges.

6. EL CONCURSO DE CONCUBINATO Y LA SOCIEDAD CONYUGAL

6.1. Aproximación

Corresponde ahora hacerse cargo del punto esencial que se deriva del fallo que venimos estudiando, como es resolver los problemas que presenta el concurso entre un concubinato, en este caso del marido, con la sociedad conyugal que este mantenía con su mujer, con quien había dejado de vivir hacía más de 40 años.

Las sentencias de primer y segundo grado, atendieron al problema del concubinato prescindiendo del hecho de que existía una superposición con la sociedad conyugal de que formaba parte el causan-

te. Este aspecto, ya se ha dicho, fue determinante para que la Corte casara la sentencia en la forma, al prescindirse en las consideraciones del fallo de segunda instancia de todo la normativa referente a sociedad conyugal.

En lo formal puede considerarse razonable lo resuelto por la Corte Suprema, por cuanto es importante que en un caso así se razone con claridad el porqué se prefiere uno u otro criterio; la sociedad conyugal es una institución demasiado importante en el matrimonio, como para prescindir de ella, sin más. De hecho, la sociedad conyugal fue el único régimen patrimonial establecido por el sistema original del Código Civil, con la salvedad de la facultad que confería el artículo 1720 y que permitía acordar, en las capitulaciones matrimoniales, que la mujer administrara separadamente una parte de sus bienes.

Una vez que la Corte Suprema tuvo la plenitud de la competencia, al anular el fallo de segunda instancia, podía analizar el fondo del asunto, sin quedar compelida a respetar los hechos tenidos como firmes por los jueces del fondo.

6.2. Comunidad y sociedad conyugal

Digamos como primera afirmación, que la existencia de la sociedad conyugal no impide que los cónyuges puedan adquirir durante la vigencia de esta, algún bien en comunidad con un tercero, e incluso con uno de los cónyuges.

El Código Civil tiene un par de disposiciones que ayudan a explicar una y otra situación.

Por una lado, el artículo 1729 dispone: “[l]a propiedad de las cosas que uno de los cónyuges poseía con otras personas pro indiviso, y de que durante el matrimonio se hiciera dueño por cualquier título oneroso, pertenecerá pro indiviso a dicho cónyuge y a la sociedad, a prorrata del valor de la cuota que pertenecía al primero, y de lo que haya costado la adquisición del resto”. Es claro aquí que se ha producido una comunidad entre un tercero y la sociedad conyugal, y esta regla puede extenderse a otros casos, siempre que se den los presupuestos legales para una adquisición en común.

Incluso el Código entiende que la comunidad se puede dar entre uno de los cónyuges y la sociedad conyugal misma. Es el caso del

artículo 1728, cuando dispone que “[e]l terreno contiguo a una finca propia de uno de los cónyuges, y adquirido por él durante el matrimonio a cualquier título que lo haga comunicable según el artículo 1725, se entenderá pertenecer a la sociedad; a menos que con él y la antigua finca se haya formado una heredad o edificio de que el terreno últimamente adquirido no pueda desmembrarse sin daño; pues entonces la sociedad y el dicho cónyuge serán condueños del todo, a prorrata de los respectivos valores al tiempo de la incorporación”.

No hay problema dogmático, en consecuencia, en admitir una adquisición en común entre sociedad conyugal (marido) y terceros, o entre sociedad conyugal (marido) y cónyuges; la única exigencia es que se respeten las reglas generales.

No puede afirmarse que la existencia de una sociedad conyugal pueda ser un obstáculo en sí mismo para que el marido que ha iniciado una nueva convivencia, pueda formar una comunidad de bienes con la concubina, siempre que esa comunidad se origine respetando las reglas de adquisición de la sociedad conyugal. En este sentido la regla básica es que la concubina efectivamente haya aportado trabajo, dinero o bienes que justifiquen económicamente la titularidad compartida, y que pretenda derechos en la comunidad en la proporción que corresponda. Claro, porque el concubinato no puede ser causa para que el marido intente traspasar bienes a su pareja, gratuitamente, eludiendo así el derecho de su cónyuge a recibirlos en su momento como parte de la mitad de gananciales. En este sentido, la prueba debe ser clara y precisa, apuntando a los dos aspectos que hemos señalado: el aporte económico y la adquisición efectiva.

De hecho, la sentencia de nuestra Corte Suprema admite este extremo. El considerando undécimo del fallo señala textualmente: “[...] la existencia de la comunidad y participación porcentual en ella que sobre bienes precisos y determinados la actora persigue en su demanda de fojas 1, no ha sido probada pormenorizadamente en autos, como debió serlo por exigirlo el régimen de titularidad y modos de adquirir el dominio prescrito en la ley y toda la normativa de derecho público más arriba analizada, garantizadora de la universalidad del régimen de sociedad conyugal, que impide que una pretendida comunidad de bienes fundada en una convivencia concubinaria atente o prevalezca sobre la institucionalidad de la sociedad conyugal”.

Conforme con la doctrina que de este fallo se desprende, el privilegio que la ley otorga a la sociedad conyugal –al otro cónyuge– frente al concubinato de su consorte, no impide la posibilidad de que efectivamente pueda haberse formado una comunidad concubiniaria, pero ella debe acreditarse “pormenorizadamente”, es decir, de una manera minuciosa. En consecuencia, este planteamiento de la preeminencia de la sociedad conyugal, se traduce básicamente en una mayor rigurosidad de prueba que debe darse respecto de quien pretenda probar contra el consorte legal.

De cualquier manera, extraña el término *pormenorizadamente*, porque no encuentro base legal para distinguir entre una prueba más o menos minuciosa. Por ello me inclino por darle al fallo este sentido, de imponer una interpretación extensiva en favor del cónyuge, contra la pareja concubina, que incluso llega hasta una valoración más estricta de los medios de prueba¹⁹; valoración que redundará en la concreción del deber de proteger y fortalecer la familia que el inciso final del artículo 1º de la Constitución pone de cargo del Estado, siendo los tribunales ordinarios de justicia una parte fundamental dentro de la estructura de este, por su labor de velar por las relaciones de justicia entre los habitantes.

7. PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS, APARIENCIA Y REGISTROS PÚBLICOS

Hasta aquí he señalado que, como regla, un concubino que convive con una persona casada en sociedad conyugal, puede aspirar a formar una comunidad de bienes con su pareja, en la medida y solo en la medida de que efectivamente acredite que ha aportado económicamente a esa acervo común, y en la proporción que lo haya hecho. Pero no siempre la comunidad podrá ser reconocida, porque pueden producirse problemas con la adquisición de los bienes, con la concurrencia del cónyuge de su pareja cuando hay sociedad conyugal, o con el interés de terceros que han actuado al amparo de registros públicos, que daban cuenta de una titularidad exclusiva o al menos diferente de la que se pretende.

¹⁹ Para ZANNONI: (n. 2), p. 40, en la demostración de los hechos que configuran el régimen de bienes entre los concubinos –en la especie una comunidad– es menester adoptar un criterio riguroso, puesto que el concubinato puede crear una apariencia de comunidad de bienes y, en esa forma, inducir a terceros a creer, infundadamente, que las adquisiciones y contratos responden a una sociedad conyugal inexistente referida a los bienes particulares de cada uno de los concubinos.

En lo que se refiere a la adquisición, cuando ambos copartícipes concurren a ella, no puede haber dificultad, porque el acto mismo da cuenta de la existencia de la comunidad, si hay causa que justifique el aporte de ambos. El problema se oscurece cuando uno de los comuneros reclama una titularidad común sobre un bien, sin que haya indicio en el acto de adquisición (modo de adquirir), de la concurrencia común. Si el título es ilustrador a este respecto, puede ser más sencillo concluir que se está frente a una comunidad, pero cuando ni aun en el título hay señas, la situación se torna más difícil de elucidar.

En una circunstancia como la descrita, pueden aparecer problemas con terceros, los que fundados en la apariencia han actuado al margen de la pretendida comunidad, sea porque dan mayor valor patrimonial al crédito de su deudor, o bien porque estiman que han adquirido bienes en una proporción mayor de lo que la pretendida comunidad sobre el bien se deriva. Este último es el caso de la sociedad conyugal, en donde la mujer puede aspirar, por su derecho a gananciales, a una proporción mayor en los bienes que su marido aparece adquiriendo sin indicios de que es comunero con un tercero, lo que generará un conflicto entre el tercero –en nuestro caso tercera comunera– y los derechos como partícipe en los gananciales de la mujer.

Por otra parte, los bienes raíces tienen reglas sumamente estrictas en cuando a adquisición, conservación y pérdida, tanto en lo que se refiere al dominio mismo, como con respecto a la constitución y transferencia de otros derechos reales (cfr. artículos 696, 724 y 728 del Código Civil). Por ello, si un determinado bien raíz, que tiene su origen en una comunidad, aparece adquiriéndose por solo uno de los comuneros y ni siquiera en el título hay indicios de la propiedad común, los terceros de buena fe debieran ser protegidos de esta circunstancia, a la hora de que surjan conflictos con el comunero subrepticio²⁰. Esta es la razón que me lleva a distinguir con precisión el hecho mismo del aporte respecto de la adquisición, pues hay veces en que esta puede fallar, por la necesidad de proteger a terceros que ignoraban la existencia de la comunidad. Es más, una de las

²⁰ Aplicando este principio, BARRIENTOS GRANDÓN y NOVALES ALQUÉZAR: (n. 2), p. 83, señalan que “la situación jurídica del conviviente supérstite respecto del hogar que fuera común y que aparece inscrito a nombre único de la fallecida es la de precarista, supuesto que el concubinato o unión de hecho no constituye una causa o título para justificar una tenencia material”.

principales consecuencias que la doctrina destaca del régimen patrimonial es que este sirve como medida de protección respecto de los terceros. De ahí el esfuerzo por limitar en estos casos la autonomía de la voluntad, a fin de que aquellos que contraten con el matrimonio sepan con certeza cuál será la situación de responsabilidad y los bienes que quedarán afectos al cumplimiento de las obligaciones contraídas²¹.

En este contexto también debe servir para analizarse el conflicto que puede surgir entre una concubina y la mujer casada en sociedad conyugal de su pareja. Las reglas de la sociedad conyugal imponen exigencias rígidas a la adquisición de los bienes y son las que ha recordado la sentencia de reemplazo.

Desde el punto de vista dogmático, me parece, la mujer casada en sociedad conyugal con un marido conviviente, debe ser considerada como un tercero, porque si bien tiene derechos como comunera en los bienes que su marido adquiera, no es parte de las relaciones patrimoniales que se puedan estar generando entre marido y su conviviente. En tal sentido, en principio debiera ser protegida frente a las adquisiciones de su marido que no den cuenta precisa de una adquisición en comunidad. El límite estará dado por la mala fe, es decir, por el hecho de que la mujer esté consciente de que el marido mantiene una comunidad con un tercero, y concretamente que determinadas adquisiciones se han hecho a título de comunero y no de manera exclusiva.

A este último respecto, es importante señalar que el hecho de que una persona conviva con otra no necesariamente supone la generación de una comunidad, como se ha dicho; lo central será el aporte económico y la adquisición común. Desde este punto de vista, la convivencia prolongada es un hecho que debiera llevar a sospechar en que se ha producido una confluencia patrimonial entre los convivientes y, por lo mismo, puede ser discutible que una mujer pueda alegar buena fe, si ha podido apreciar una convivencia de su marido y, sobre todo, cuando esta se funda en hechos públicos y notorios. Más aún, cuando tras largos años de modestia económica, la fortuna de su marido cambia.

Los elementos que hemos destacado en este acápite no me parece que hayan sido abordados en la sentencia de reemplazo, al menos

²¹ Cfr. RAMOS PAZOS: (n. 2), I, n° 147, p. 130.

de una manera explícita; solo implícitamente se desprende esta doctrina, de la fuerza con que la sentencia protege las adquisiciones de la sociedad conyugal, cuando estas se han hecho por el marido concurriendo e invocando su estado civil de casado, e implícitamente su condición de administrador de la sociedad conyugal con su mujer (artículo 1749 del Código Civil). Pero no basta únicamente con enunciar el hecho, si no se ofrece una razón más contundente por la cual se le va a dar protección a la mujer respecto de la concubina. Una referencia a la buena fe de la mujer, me parecía indispensable.

8. LA PRUEBA RENDIDA EN EL PROCESO

8.1. El análisis probatorio de la sentencia de reemplazo

De acuerdo con lo que se ha expuesto, la cuestión central para la Corte Suprema fue determinar si existía en los autos prueba suficiente que acreditase la comunidad pretendida por la actora sobre los bienes que indicaba.

Nuestra Corte Suprema se apoya en dos tipos de argumentaciones para concluir que la prueba aportada por la actora fue insuficiente, llevándola a estimar que entre la actora y el causante había existido separación de patrimonios.

De una lado, la interpretación que hace del artículo 1739 inciso primero del Código Civil concluyendo que se trata de una norma que buscar resolver conflictos entre acreedores del marido y la mujer o sus herederos, o que permite dirimir disputas entre los cónyuges al término de la sociedad conyugal respecto de la titularidad de un determinado bien (considerando octavo).

De otro lado, la prueba rendida, que la sentencia destaca en varios aspectos: 1) el hecho de que todas las adquisiciones hayan sido hechos por el señor Manuel Álvarez a título exclusivo y oneroso, sin participación alguna de la actora, y en las cuales el señor Álvarez comparecía declarando su estado civil de casado e implícitamente como administrador de la sociedad conyugal habida con su mujer; 2) destaca también la Corte el hecho de que nunca el señor Álvarez integró como socia de sus sociedades de inversión a la actora, lo que sí hizo en cambio con su hijo (considerando noveno); 3) considera también el fallo, el informe del perito judicial, que lo estima

concluyente en el sentido de establecer la separación de patrimonios, pues, a la muerte del causante la actora figura con un patrimonio avaluado en \$194.608.239, sin considerar bienes raíces, los que aparecen tasados en \$131.097.746, en otro informe; 4) hace fuerza en la Corte el hecho de que la actora haya aceptado la constitución de un usufructo vitalicio en su favor, respecto de un bien raíz que reconoce pertenecer al haber de la sociedad conyugal, circunstancia que para la Corte constituye un reconocimiento de la titularidad de la sociedad conyugal de ese bien raíz, así como de otros bienes que adquirió el señor Álvarez igualmente a título oneroso (considerando décimo); por último, para la Corte Suprema el resto de la prueba es concluyente en el sentido de la existencia de separación de patrimonios entre la actora y el causante, y determina que ella no habría probado *pormenorizadamente* la comunidad y participación porcentual sobre bienes precisos y determinados (considerando undécimo).

8.2. La interpretación del artículo 1739 del Código Civil

La referencia que la sentencia hace al artículo 1739 me parece innecesaria, porque esta norma lo que pretende es simplemente ordenar cuestiones probatorias, y lo hace básicamente dando protección a los acreedores del marido, al imponerle a la mujer, o sus herederos, que pretendan que un determinado bien no forma parte del haber social, la carga de probar en contrario. En efecto, una vez disuelta la sociedad conyugal, quedan fijados irrevocablemente el pasivo y el activo de esta para efectos de proceder a la liquidación²². En este sentido, el artículo de marras lo que hace es establecer una presunción simplemente legal de que los bienes adquiridos a título oneroso, o sea, que involucren un sacrificio patrimonial, fueron adquiridos con bienes sociales y, por ende, revisten el mismo carácter. Luego la norma señala una consecuencia al hecho que viene a presumir: *“El cónyuge deberá por consiguiente, recompensar a la sociedad, a menos que pruebe haberlo adquirido con bienes propios o provenientes de su sola actividad personal”*. Así, la presunción busca evitar que aquel de los cónyuges que se encontraba detentando el bien al momento de la disolución de la sociedad conyugal, pueda aprovecharse en beneficio propio de los rendi-

²² Cfr. RAMOS PAZOS: (n. 2), I, n° 327, p. 249.

mientos de tal bien, con claro perjuicio para el patrimonio social y para el otro cónyuge²³.

En consecuencia, deducir que de esta presunción no podría probarse por otras personas que un determinado bien pertenezca en todo o parte a una persona distinta de los cónyuges, como parece señalar el fallo en la parte final del considerando octavo, no es razonable. Porque es obvio que siempre podrá probarse que un bien no pertenece, en todo o parte, a la sociedad conyugal. Es lo que ha intentado la actora, y no veo que el artículo 1739 lo prohíba. Recaerá sobre el tercero, como lo es la actora, la carga de probar la titularidad, total o parcial, sobre un bien que está en poder del marido. No existe razón para constreñir el alcance de la disposición.

8.3. La prueba analizada

Reconozco una cierta desazón con el análisis probatorio que hace la sentencia de reemplazo. No dejo de advertir una cierta postura ideológica, lo que se traduce en un rechazo de la prueba rendida por la actora con argumentaciones que me parecen insuficientes. Revisemos por qué.

8.3.1. Las adquisiciones del señor Manuel Álvarez a título exclusivo y oneroso y sin participación la actora, compareciendo como casado e implícitamente como administrador de la sociedad conyugal.

Es obvio que este no podía ser el primer aspecto probatorio, porque, como se ha dicho, antes de estudiar las adquisiciones del causante, había que analizar si efectivamente la actora había concurrido con aportes pecuniariamente relevantes a formar el patrimonio que aparece como del actor.

En la sentencia de primera instancia, y particularmente en la de segunda, se hace un minucioso estudio de la prueba aportada en este sentido, para concluir que efectivamente la actora había concurrido a formar el haber común. Para la Corte de Apelaciones de Santiago es relevante el hecho de que al inicio de la convivencia en 1962, el señor Álvarez aparece con un patrimonio muy disminuido y en todo caso menor al de su conviviente, y así parece mantenerse

²³ Cfr. RODRÍGUEZ GREZ: (n. 9), p. 49.

hasta 1980. Se considera importante, además, el hecho de que la pareja durante toda esta primera etapa viven en hogares que son aportados por la actora. En tercer lugar pareció relevante en el hecho de mejor educación y roce social de la actora, que los jueces estimaron como incidentes para la concreción de los negocios que luego significarían el mejoramiento económico-social de la pareja. Por último, es trascendente el que durante todo este tiempo la actora mantuvo trabajos bien remunerados y resulta implicada en negocios que le supusieron rentas importantes. Son estos elementos probatorios los que la Corte Suprema debía analizar, para desvirtuar la existencia de la comunidad, pero no se encuentra en el fallo un análisis detallado y preciso sino una consideración general (considerando undécimo).

Estimo que de los elementos antes referidos, al menos surgía una presunción de que la fortuna del señor Álvarez a su muerte, tenía un origen desligado tanto de la la convivencia inicial con su mujer, como de las propias habilidades profesionales de ellas, y encuentra una explicación más plausible en inversiones bursátiles, que debieron necesariamente tener un comienzo en una fecha en torno al año 1980, y cuyo dinero inicial pudo perfectamente haber sido aportado, en parte importante, por la actora. En el origen del aporte está la clave para determinar si existió o no la pretendida comunidad, y la parquedad a este respecto de la sentencia de reemplazo es ostensible.

8.3.2. El informe pericial que concluye en la separación de patrimonios, y el patrimonio de la actora.

No creo que el informe pericial que determinó que entre la actora y el causante existía una separación total de patrimonios y que la actora tenía un importante conjuntos de bienes, incluyendo bienes raíces, pueda ser concluyente para descartar la existencia de la comunidad.

En efecto, la existencia de un patrimonio propio de la actora al momento de fallecer el causante, hace sospechar de que sí pudo ella contribuir significativamente a la formación del patrimonio del actor, particularmente cuando se aprecia que ella tenía cultura, habilidades sociales, y obtuvo rentas durante un tiempo largo en que el causante no parece haberlas obtenido de una manera significativa. El punto no era si tenía en ella un patrimonio independiente, lo relevante era, me parece, si ella

había contribuido a formar un haber común, ya que nada impide que ambas situaciones ocurran simultáneamente. Si la conclusión hubiera sido que sus bienes propios en general provenía de aportes que le hizo el causante, debió analizarse si tales adquisiciones tenían causa onerosa o no, pues, si lo primero, quiere decir que el causante reconocía la contribución económica de su pareja a la formación de su fortuna, si lo segundo, supondría que estaba desviando ilícitamente bienes que pertenecían a la sociedad conyugal (artículo 1757 del Código Civil).

8.3.3. La falta de incorporación de la actora a la sociedad de inversiones del causante.

Es cierto que la no incorporación de la actora como socia de la sociedad de inversiones AGEMO, cuyo socio principal era el causante, puede interpretarse como una manifestación clara de que no había patrimonio común o compartido, pero no es concluyente por sí misma. La sociedad que se constituyó fue la consecuencia del mejoramiento de situación económica de la pareja, y no la causa de la misma, por lo que solo podría servir como una presunción en contra de la sociedad, peor no una negación de ella. Lo relevante en tal caso no era quiénes eran los socios, sino el origen del aporte.

8.3.4. La aceptación del usufructo vitalicio por parte de la actora, sobre un bien raíz perteneciente a la sociedad conyugal.

El argumento del epígrafe que ofrece la Corte me parece insuficiente, porque tampoco es concluyente. Era obvio que la actora sabía de la existencia de la sociedad conyugal; el hecho de que se haya aceptado un traspaso como el que da cuenta la Corte, no es concluyente en el sentido de derivarse de este hecho necesariamente que la actora reconocía dominio exclusivo a la sociedad conyugal, puesto que solo podía estar reconociendo tal titularidad respecto de su concubino. Puede entenderse de manera contraria, en el sentido de que si se hacían este tipo de traspasos, era porque existía comunicabilidad patrimonial en la pareja.

8.4. La falta de prueba pormenorizada. La sentencia de reemplazo no analiza debidamente la prueba ofrecida.

Para la Corte Suprema el resto de la prueba no es concluyente en el sentido de la existencia de separación de patrimonios entre la actora y el causante, pues, la demandante no habría probado *pormeno-*

rizadamente la comunidad y participación porcentual sobre bienes precisos y determinados (considerando undécimo).

Esta, tal vez, es la parte más débil del fallo que estudiamos, porque efectivamente la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, redactada por el Ministro señor Carlos Cerda F., es una magistral expresión de análisis probatorio, lo que obligaba a la Corte Suprema a hacerse cargo de él, más aún si la cuestión probatoria se había invocado por la Corte Suprema como el nervio central para resolver al controversia.

La sentencia de segundo grado había dedicado largos considerandos a revisar la prueba rendida y determinar de qué manera era clara la existencia de la comunidad, sobre la base de los elementos que hemos indicado: existencia de patrimonio común, administración conjunta, aporte de bienes en dinero efectuados por la actora a los negocios o actividades del causante y trabajo conjunto y personal de los dos.

La prueba que se analiza en el fallo de segundo grado es abundante: el hecho que entre 1962 y 1990 la pareja vive en una casa y luego un departamento aportado por la actora; la mantención de una tarjeta Visa bipersonal²⁴; el traspaso de vehículos entre los convivientes y los hijos y los cónyuges de estos, de una manera indistinta; el pago de cuentas y gastos del hogar y bienes comunes, también de manera indistinta; los traspasos de acciones y otros valores desde el causante a la actora; el uso de la casa de veraneo de manera conjunta; la protección y defensa judicial de un bien de la actora que amenazaba con perderlo, con bienes del causante; las operaciones de bolsa en la que se anotaban los traspasos accionarios a nombre de la actora, o los cargos en la cuenta de la actora; participación conjunta de un negocio turístico en el extranjero; el trabajo ostensible de la actora durante años, previo a que la pareja mejores de fortuna hacia la década de 1980; la concurrencia económica de la actora a la compra de un bien raíz en Valparaíso; el uso del hogar común como centro de los negocios del causante, durante años; el apoyo personal de la actora a los negocios del causante, derivados de su dominio del idioma inglés, sus habilidades sociales y su condición de secretaria bilingüe.

²⁴ Sobre la importancia de esta prueba, vid. VERDA Y BELMONTE, Juan Ramón de, "Efectos económicos de las uniones de hecho en la jurisprudencia española", en *Revista Chilena de Derecho Privado* Fernando Fueyo Laneri 1 (2003), pp. 159-160.

Es obvio, en mi concepto, que si la cuestión crucial estaba en determinar la existencia de la comunidad que se demandaba, y que por ambas partes se había aportado copiosa prueba, especialmente documental y de testigos, era fundamental hacerse cargo de esta prueba, cuestión que la Corte Suprema tenía competencia de hacer, desde el momento que había casado en la forma de oficio la sentencia (cfr. artículo 775 del Código de Procedimiento Civil). Pero no lo hizo, y se limitó, hacia el final del considerando undécimo, a señalar que no se había probado *pormenorizadamente* la existencia de la comunidad y la participación de la actora. A la luz de los antecedentes que se han reseñado, esta frase aparece como claramente infundada.

9. EL RECHAZO DE LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA

Si a la Corte Suprema le pareció insuficiente la prueba para dar por acreditada la comunidad, debió también detenerse a revisar si había prueba que condujera a tener por acreditado un aporte económico de la actora en los negocios del causante, sea en trabajo, dinero o especies. Esto, porque la sentencia no solo rechaza la pretensión principal, por la cual la actora pedía que se reconociera la existencia de la comunidad sobre los bienes que indicaba. En el considerando duodécimo se rechaza también la petición subsidiaria de pago de remuneración por los servicios prestados, que se pedía bajo los principios del enriquecimiento sin causa y que el fallo también desestima, porque no se encontrarían acreditados los supuestos servicios prestados, sino más bien la atención o cuidado que le prodigó al causante. Si antes hemos criticado el fallo por falta de rigurosidad en el estudio de la prueba rendida, aquí habría que reprocharle una falla en su fundamentación, porque nuestro máximo tribunal desecha esta pretensión económica de calado –se pedían \$660.000.000– con una frase que no es consistente con la prueba que había en el proceso²⁵.

²⁵ Sin perjuicio de los derechos y obligaciones que puedan nacer de los bienes en común habidos durante el concubinato, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha establecido desde temprano el derecho de aquel de los concubinos que ha prestado servicios al otro para demandar el pago de ellos. Sobre el tema, vid. BARRIENTOS GRANDÓN y NOVALES ALQUÉZAR: (n. 2), pp. 101 ss.

10. CONCLUSIONES

De todo lo que se ha señalado, pueden derivarse conclusiones que me parecen claras.

La más importante, me parece, es que la existencia de un concubinato no supone necesariamente una comunidad entre los convivientes. Esta deriva de un hecho distinto, que supone un esfuerzo común que ha derivado en una adquisición también conjunta.

La presencia de una sociedad conyugal del marido conviviente, obliga a ser estrictos, a la hora de valorar la existencia de bienes comunes entre los que viven juntos sin estar casados, por el carácter de orden público que tienen las normas sobre sociedad conyugal.

La prueba del esfuerzo común y de la adquisición concurrente, debe traducirse en una valoración consistente de las respectivas participaciones de cada miembro de la pareja en los bienes que se estiman comunes.

La protección de la confianza en el tráfico jurídico, supone dar amparo a los terceros que hayan actuado en la creencia que determinados bienes eran exclusivos y no comunes.

La existencia de un concubinato notorio, puede hacer más débil la protección de la mujer, más aún si de este concubinato se ha prolongado por largos años, y solo mucho después de iniciado el marido ha mejorado notoriamente de fortuna.

El hecho de que no pueda acreditarse comunidad entre los concubinos, pero sí se prueba aporte o contribución económicamente relevante de un miembro de la pareja, debería dar derecho, al menos, a una retribución o compensación, bajo las reglas del enriquecimiento sin causa.

Como cuestión final, creo que hacer claridad en estas materias resulta fundamental. Pues, por un lado confirma la protección a la familia institucional, que es la fundada en el matrimonio, definiendo lo que es de orden público y lo que debe entenderse fluye de las exigencias de la justicia económica. Por otro, facilita el tráfico jurídico, valor esencial en una sociedad abierta.

11. BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer*

casada (artículo 150 y Título 22 del Libro IV del Código Civil), Editorial Universitaria, Santiago, 1935.

- ÁLVAREZ NÚÑEZ, Carlos, “Algunas consideraciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales sobre el concubinato”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 143 (1968), pp. 5-31.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, Editorial Lexix Nexis, Santiago, segunda edición, 2004.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “Nuevas formas de contratación y sistema de Derecho privado”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 201 (1997), pp. 59-71.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Colección Jurídica, Universidad de los Andes, 1994.
- DURÁN BACHLER, Samuel, “Situación jurídica de las parejas no casadas”, en *Gaceta Jurídica* 77 (1986), pp. 8-14.
- GONZÁLEZ HOCH, Francisco, “Concurso de sociedad conyugal y convivencia de hecho”, en *La Semana Jurídica*, del 30 de mayo de 2005.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tercera edición, 2001.
- MEZA BARROS, Ramón, *Derecho de familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, segunda edición actualizada, 1989.
- PINTO ROGERS, Humberto, *El concubinato y sus efectos jurídicos*, memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Impresos Sección Materiales de la Caja Nacional de Ahorros, Valparaíso, 1942.
- QUINTANILLA PÉREZ, Antonio, *Algunas cuestiones en torno al concubinato*, en VV. AA., *Estudios de Derecho Civil en memoria del Profesor Victorio Pescio*, Editorial de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1976, pp. 211-248.
- RAMOS PAZOS, Ramón, *Derecho de familia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, tercera edición, 2000.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Regímenes patrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Derecho de familia*, Editorial Nacimiento, Santiago, 1963.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Indivisión y Partición*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, quinta edición, 2002.
- VERDA Y BELMONTE, Juan Ramón de, “Efectos económicos de las uniones de hecho en la jurisprudencia española”, en *Revista Chilena de Derecho Privado* Fernando Fueyo Laneri 1 (2003), pp. 149-180.
- ZANNONI, Eduardo, *El concubinato (en el Derecho Civil argentino y comparado latinoamericano)*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970.

Biografías de los autores

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

Abogado, Licenciado en Derecho por la P. Universidad Católica de Chile (1985) y Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (1996). Su tesis doctoral se publicó como libro bajo el título “El retraso en el cumplimiento de las obligaciones”, por la Editorial Dyckinson, Madrid, en 1998. Ha editado otros dos libros: “Responsabilidad Civil de Entidades Corporativas”, en la serie Cuadernos de Extensión Jurídica N° 7, Universidad de los Andes, Santiago, 2003; y “La responsabilidad por accidentes del trabajo”, Cuadernos de Extensión Jurídica N° 10, Universidad de los Andes, Santiago, 2005 en coedición con el profesor Pedro Zelaya E. Actualmente se desempeña como profesor de Derecho Civil en la Universidad de los Andes y la P. Universidad Católica de Chile. Es, además, profesor visitante de la P. Universidad Católica de Valparaíso y de la Universidad de Piura. Es profesor honorario de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Perú). Autor de varios trabajos científicos de Derecho Civil.

RODRIGO DELAVEAU SWETT

Abogado. Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile (1997), Magíster en Derecho público de la misma Universidad (2002), y Master of Law (c) The University of Chicago. Desde el año 2003 es profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Se desempeña como investigador del Programa Legislativo del Instituto Libertad y Desarrollo, teniendo a su cargo la oficina que el Instituto tiene en el Congreso Nacional. Como investigador, sus estudios están enfocados principalmente al área del Derecho Constitucional, Administrativo, y en legislación en diversas materias regulatorias, urbanísticas y laborales. Trabaja directamente en la asesoría parlamentaria de proyectos de ley en el Congreso Nacional. Sus análisis legislativos son publicados en la Reseña Legislativa de Libertad y Desarrollo, así como en Temas Públicos, y la Serie Informe Legislativo.

MARÍA DE LA LUZ DOMPER

Ingeniera comercial con mención en Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Máster en Macroeconomía Aplicada de ese mismo plantel. Desde 1993 es investigadora del Instituto Libertad y Desarrollo y actualmente tiene a su cargo los estudios relativos a economía urbana, infraestructura sanitaria, concesiones viales sector eléctrico, regulación y libre competencia. Sus análisis son publicados en: Temas Públicos y Serie Informe. Ha asesorado a gobiernos de América Central (El Salvador y Guatemala) en materias de Código de Aguas y legislación antimonopolio. Ha realizado un perfeccionamiento en regulación, en la Fundación Heritage (EE.UU.). En noviembre del año 2002 recibió el Premio Diploma a la Excelencia: 50 Jóvenes con Éxito, otorgado por el *Diario Financiero*. Se ha desempeñado como profesora del curso Competencia y Mercado en el Instituto de Economía de la PUC. Adicionalmente, ha hecho clases de economía en la Universidad de los Andes; Organización Industrial en la Universidad Finis Terrae; de Pensamiento Económico, Introducción a la Economía y Marketing Inmobiliario en la Universidad Católica.

ARTURO FERNANDOIS VÖHRINGER

Abogado, Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Recibió el premio Monseñor Carlos Casanueva (Facultad Derecho UC) en 1985. Beca Comisión Fulbright de Chile (1993).

Máster en Políticas Públicas, Harvard University (1994). Profesor adjunto de planta de la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile en las cátedras de Derecho Constitucional (carrera de Pregrado), desde 1994; Orden Público Económico (Magíster en Derecho de la Empresa), desde 1996; y Derecho Constitucional Avanzado I (Magíster y Postítulo en Derecho Público), desde 1999. Miembro del comité editorial de la Revista Chilena de Derecho, desde 2001. Autor de numerosas publicaciones en revistas especializadas y del libro *Derecho Constitucional Económico: Garantías, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Ediciones Universidad Católica, abril 2001 y en su edición revisada 2006. Profesor visitante, Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, 2004-2005.

ÁLVARO FERNÁNDEZ DÍAZ

Abogado, Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho de la Universidad de Sevilla. Profe-

sor de Derecho Penal en cursos de pregrado y doctorado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor del Magíster en Periodismo Escrito, dependiente de la Escuela de Periodismo de la Pontificia Universidad Católica de Chile y del diario *El Mercurio*. Integrante del Foro Penal destinado al estudio y elaboración de un nuevo Código Penal.

RICARDO JUNGMAN DAVIES

Abogado de la P. Universidad Católica de Chile, Magíster en Derecho otorgado por la Universidad de Navarra, España, con especialidad en Derecho Económico. Tesis sobre “Normativa Europea de Competencia Aplicable a los Acuerdos Verticales de Distribución”. Becario Fundación Carolina. Prosecretario General, Profesor de Derecho Económico y Coordinador del Área de Derecho de la Empresa en la Universidad Finis Terrae, años 2000-2002. Profesor de Libre Competencia en el Derecho Comparado, en el 2004 y, actualmente, de Derecho, Economía y Mercado I y Derecho, Economía y Mercado II, en la P. Universidad Católica de Chile.

JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT

Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho Universidad de Navarra. Profesor de Derecho Penal de la Universidad de los Andes. Profesor de los programas de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes y de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Representante en Chile de la Cátedra Garrigues de Derecho Global de la Universidad de Navarra. Ex becario de la Deutsche Akademische Austauschdienst (DAAD). Principales publicaciones: “Fraude de Seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa”. Ediciones de la Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2004; “Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal”. Bosch, Barcelona, 2004; “La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del Common Law”, Editorial Comares, Granada, 2002.

JOSÉ MIGUEL RIED

Licenciado en Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magíster en Derecho (LL.M.) en Cornell University, Law School (Ithaca, EE.UU.). Fue admitido como abo-

gado en Chile y en el estado de Nueva York. Se ha desempeñado como profesor de derecho comercial y de teoría de la ley en la Pontificia Universidad Católica de Chile y en la Universidad Finis Terrae. Actualmente es profesor media jornada en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN

Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (1991). Postítulo en Administración de Empresas (ESAE), Escuela de Administración, Pontificia Universidad Católica de Chile (1994-1996). Master of Science in Regulation (utilities regulation), The London School of Economics and Political Science (University of London) (1996-1997). Profesor, en materias de regulación y competencia, del Magíster de Derecho Constitucional, del Diplomado de Derecho Administrativo Económico y del Diplomado sobre Libre Competencia de la P. Universidad Católica de Chile, universidad de la cual es, además, profesor investigador de la Facultad de Derecho. Es, asimismo, profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Valparaíso. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de derecho Procesal Universidad de los Andes. Árbitro CAM Santiago. Libros publicados: La acumulación inicial de acciones en el Derecho Procesal Español, Editorial Cedecs (Barcelona, 1999); La acumulación inicial de acciones (en el derecho chileno), antiafo: Edit. ConoSur, 2000. La Cosa juzgada en el proceso civil chileno, Editorial Jurídica de Chile, 2002. La jurisprudencia como fuente del derecho, Editorial Jurídica de Chile, 2004. Curso de derecho procesal civil. T. I, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

ALEJANDRO PARODI TABAK

Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (2004), con mención de especialidad en Derecho Público. Recibió el premio Monseñor Carlos Casanueva (Facultad de Derecho PUC, año 2004). Profesor Ayudante de las cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Procesal de dicha casa de estudios.

Índice

I. Potestades Regulatorias y Sancionatorias

1. Invalidación Administrativa y caso Celco: estabilidad o precariedad de los permisos ambientales.
ARTURO FERNANDOIS VÖHRINGER..... 9
2. El caso Consorcio 2 -Banco de Chile: información privilegiada y potestad sancionadora de la administración
JOSÉ MIGUEL RIED UNDURRAGA..... 31
3. Tres lecciones acerca de cómo se deben proteger los derechos de las personas frente a la Administración
ALEJANDRO PARODI TABAK..... 45

II. Tribunal Constitucional

4. “Revisores Independientes”: reserva legal y el efecto extensivo de las sentencias del Tribunal Constitucional
RODRIGO DELAVEAU SWETT..... 63

III. Derecho Penal

5. Hurto-falta: una reforma mal hecha y otra pendiente
ÁLVARO FERNÁNDEZ DÍAZ..... 89
6. ¿Alegaciones de fondo en un recurso de amparo? Comentario de sentencia de Corte Suprema de 1 de agosto de 2005 (Rol 3630-2005)
JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT..... 105

IV. Derecho Procesal

7. La fundamentación de la sentencia como elemento del debido proceso
ALEJANDRO ROMERO SEGUEL..... 121

V. Libre Competencia

8. Salvaguardias a la harina de trigo: una herramienta equivocada para un propósito discutible
JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN..... 149
9. Libre competencia y distribuidores de combustibles: ¿colusión y barreras de entrada en el mercado?
RICARDO JUNGSMANN DAVIES Y MARÍA DE LA LUZ DOMPER RODRÍGUEZ 203

VI. Código Civil

10. Concubinato y sociedad conyugal: conflictos jurídicos que derivan de una superposición
JORGE BARAONA GONZÁLEZ..... 223
- Biografías de los autores..... 251