

ANUARIO DE DERECHA Y SUSPENSIÓN

Sentencias Destacadas

• 2016 •

Una mirada desde la perspectiva
de los políticos públicos

Corte Suprema • Cortes de Apelaciones •
Tribunal Constitucional •
Tribunal de la Libre Competencia

LINTERNA
DESENHO

Sentencias Destacadas 2006
Una mirada desde la perspectiva
de las políticas públicas

Primera edición de 1.000 ejemplares
Abril 2007

Registro Propiedad Intelectual
Inscripción N° 162.567

ISBN: 978-956-7183-24-1

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

• 2006 •

Editor

ARTURO FERMANDOIS VÖHRINGER
P. Universidad Católica de Chile

Editor Asociado

JOSÉ FRANCISCO GARCÍA GARCÍA
Libertad y Desarrollo

Consejo Editorial

VÍCTOR MANUEL AVILÉS HERNÁNDEZ
Universidad de Chile

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

CLAUDIO OSORIO JOHANNSEN
Universidad Adolfo Ibáñez

ARTURO FERMANDOIS VÖHRINGER
P. Universidad Católica de Chile

JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN
P. Universidad Católica de Chile

ÁLVARO FERNÁNDEZ DÍAZ
P. Universidad Católica de Chile

JORGE VIAL ÁLAMOS
P. Universidad Católica de Chile



Índice

Presentación del Editor 9

I. Corte Suprema y Cortes de Apelaciones

1. *Pricewaterhouse*: Responsabilidad de las empresas auditadoras externas por sus labores profesionales
FELIPE BAHAMÓNDEZ PRIETO 15
2. Derecho a la intimidad en el trabajo: Lo importante no es quién mira sino qué es lo que se mira
IGNACIO COVARRUBIAS CUEVAS 33
3. Libertad de enseñanza, jurisprudencia de protección y justicia constitucional
JOSÉ FRANCISCO GARCÍA Y MARCELO BRUNET BRUCE 49
4. Aplicación del Derecho Internacional al caso *Choshuenco*: Legalidad y seguridad jurídica vulneradas
HERNÁN SALINAS BURGOS 103
5. Urbanismo, Contraloría General de la República y tribunales de justicia. A propósito de la acción de protección deducida por la Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile
EDUARDO SOTO KLOSS 131

II. Tribunal Constitucional

6. Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional
JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ 145
7. Potestad sancionadora de la Administración y ley penal en blanco: Caso de las eléctricas ante el Tribunal Constitucional
MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ 177

8. Fuero y desafuero en las sentencias del Tribunal Constitucional GASTÓN GÓMEZ BERNALES	211
9. Justicia tributaria y delegación de facultades jurisdiccionales: Análisis de la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional PABLO GREIBER BETSALEL, LUIS FELIPE OCAMPO MOSCOSO Y LUIS SEGUEL MALAGUEÑO	235
10. La protección constitucional de la empresa: La individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo TEODORO RIBERA NEUMANN	275

III. Tribunal de la Libre Competencia

11. Una mirada económica y jurídica al fallo Voissnet contra CTC y su impacto en el esquema de libre competencia chileno MARÍA DE LA LUZ DOMPER RODRÍGUEZ Y VÍCTOR MANUEL AVILÉS HERNÁNDEZ	299
12. Colusión de empresas de oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente? JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN	351
Biografías de los editores	413
Biografías de los autores	415
Sentencias Analizadas	421

Presentación al tercer tomo anual de Sentencias Destacadas

En representación del Instituto Libertad y Desarrollo es nuestro privilegio presentar la tercera edición (2006) de su Anuario de Doctrina y Jurisprudencia, que recoge sentencias seleccionadas de los más altos tribunales chilenos.

Este tercer volumen aparece un tanto paradójico. Por una parte, nuestro proyecto literario se ha denominado, desde su inicio en 2004, "Sentencias Destacadas", con el propósito de subrayar anualmente los fallos que en opinión del Consejo Editorial mejor encarnan los principios de una sociedad de libertades y sus correctas políticas públicas.

Empero, en opinión de los destacados académicos convocados a esta edición, el balance del año judicial 2006 es 'exiguo' en sentencias nítidas de valores libertarios. De un total de 12 decisiones seleccionadas de la Corte Suprema, Tribunal Constitucional y Tribunal de la Libre Competencia, solo dos nos han parecido especialmente acertadas bajo este criterio.

Las otras diez sentencias serán objeto de crítica –técnica y rigurosa– mas no de alabanza.

LA FUNCIÓN DE UNA SENTENCIA

Decían los romanos: *Justitia est habitus voluntatis, jurisprudentia habitus intellectus* (la justicia es una disposición de la voluntad, y la jurisprudencia, del entendimiento).

La jurisprudencia, entonces, debe agregar inteligencia a la misma justicia.

La situación judicial del año 2006 –escasa en aciertos– motiva entonces una reflexión sobre cómo nuestros máximos jueces ven ante este parámetro intelectual su principal y valioso producto, que es su decisión jurisdiccional.

La sentencia, como resolución vinculante respaldada por el poder coactivo del Estado, parece estar cumpliendo satisfactoriamente su primer y relevante objetivo, que es exactamente aquel. La resolución de disputas en un marco de probidad –mas no de velocidad–,

la consiguiente paz social, la estabilidad del tráfico jurídico, el *imperio* como atributo que le confiere fuerza obligatoria directa sin consulta ni intervención del poder político o administrativo (artículo 76 de la Constitución), son objetivos primarios que nuestros órganos judiciales están alcanzando satisfactoriamente.

En efecto, Chile ha gozado históricamente de prestigio ante estas exigencias básicas del Estado de Derecho. Es justo destacar que nuestros máximos órganos jurisdiccionales están honrando y profundizando ese prestigio en los comienzos de este siglo XXI.

No obstante, hay un segundo conjunto de objetivos que necesariamente debe exigirse a una sentencia judicial. Son algunos la previsibilidad, la solvencia y la oportunidad, en lo operativo; su integración institucional en una sociedad libre que desea prosperar, en lo sustantivo.

Es aquí donde nuestra reflexión merece detenerse. La pregunta es ¿cuánto están contribuyendo nuestros más destacados jueces en legar una jurisprudencia coherente en torno a la libertad, la creatividad y la responsabilidad que exige el desarrollo? ¿Les corresponde a ellos un rol meramente pasivo en esta materia?

Una sentencia no puede ser un acto aislado de un poder del Estado; debe integrarse institucionalmente con los valores que ese Estado se ha otorgado en sus leyes. Chile busca desarrollarse y prosperar. Hay insatisfacción porque el país no logra aprovechar el cuadro de estabilidad actual para hacerlo a las tasas y con la velocidad que exige la erradicación de la pobreza. En el marco que la ley lo permite, ¿cuánto contribuyen las sentencias en esta línea?, ¿cuánto privilegian la iniciativa, la creatividad y el emprendimiento en una sociedad que los requiere intensamente?

Puede alguien replicar que no es función del juez promover estos valores. Creemos que, desde que han sido recogidos expresa y detalladamente en la Constitución, es deber del magistrado considerarlos al resolver disputas concretas. No es esto activismo judicial; es una visión integrada y moderna de las políticas públicas judiciales, en un Estado que no se satisface en la evaluación aislada, única y concreta de la controversia específica que se resuelve.

Es por ello que si estamos en un Estado de Derecho regido por la primacía de la persona sobre el Estado, por el Principio de Subsidiariedad, por la autonomía de las personas y sus derechos fundamentales, y creemos además que su adecuado respeto es la base de la prosperidad, entonces he aquí el foco del Consejo Editorial de este libro.

Son estos los exigentes parámetros bajo los cuales este libro y el Instituto que lo edita evalúan el año judicial.

LA EVALUACIÓN DEL AÑO JUDICIAL 2006

Dos fallos se destacarán generosamente en esta edición

El primero es aquel de la Corte de Apelaciones de Santiago (confirmado por la Corte Suprema) que, acogiendo un recurso de protección en contra de la Contraloría General de la República, puso fin al distorsionado procedimiento de invalidación de permisos de construcción que ese órgano contralor venía implementando los últimos años¹. Vulnerando los derechos de propiedad y del debido proceso, el Contralor actuó al margen de los plazos, procedimientos y oportunidades probatorias de los tribunales, ejerciendo un control de mérito que le es impropio. En opinión del destacado profesor Eduardo Soto Kloss, la argumentación del fallo no es del todo correcta, pero su solución resultó altamente valiosa para la certeza, el emprendimiento y el derecho de propiedad incorporal que emana de los permisos de construcción.

Una sentencia y el costo de litigar

Detengámonos por un momento en la sentencia del caso “Santa Rosa”. Se transforma en un buen ejemplo para analizar el impacto de un dictamen en la reasignación de los precios e incentivos correctos para invertir y litigar. Antes del fallo de la Corte el cuadro de incentivos era perverso. Por una parte el titular de un permiso de edificación, obtenido luego de un largo proceso ante los órganos técnicos competentes (DOM y SEREMI), era, sin embargo, objeto de una invalidación administrativa sobreviniente por la Contraloría, meses y años después de emitido. El Contralor venía utilizando su facultad para emitir dictámenes vinculantes para la Administración –atribución proveniente del artículo 6º de su vetusta ley orgánica de 1964– para despojar al afectado de su permiso de edificación obtenido previamente.

La persona interesada en invertir en construcción no tenía entonces jamás certeza de su permiso; de nada le servían las aprobaciones

¹ Miembros del Consejo Editorial participaron en este caso, pero tanto la selección del fallo como su comentario han sido sugeridos y redactados independientemente por el profesor don Eduardo Soto Kloss.

técnicas ni el vencimiento de los plazos judiciales. En efecto, habiendo caducado todos los plazos para los recursos administrativos y judiciales regulares –jerárquico, protección, ilegalidad, etc.– la invalidación del Contralor podría sobrevenir en cualquier tiempo puesto que a ella no se le aplica plazo alguno. Para colmo de agravios, el afectado podría jamás ser emplazado: no lo exige la ley de la Contraloría.

En este punto, los inversionistas inmobiliarios estaban en julio de 2006 frente a un incentivo decreciente para desarrollar su actividad, pronto a desaparecer del todo. Si el permiso de edificación no constituye derecho cierto alguno, ¿quién tomará un riesgo, concederá créditos o capitalizará esa constructora? Analicemos el pequeño consumidor inmobiliario, estudiante, jubilado: ¿quién comprará “en verde”, adelantando dineros sabiendo que el permiso en el que descansa su pequeña inversión puede desplomarse súbitamente?

El reclamo de los afectados es el siguiente: ¿qué acto administrativo o judicial es apto para conferir certeza al permiso de edificación? ¿Existe una ventanilla única? Ciertamente ninguna, antes del 27 de julio de 2006.

El cuadro se completa con los fuertes inventivos para impugnar los derechos y nulos costos de ello para quien está interesado en la impugnación. Típicamente, el interesado en anular el permiso era eximido de todos los costos, responsabilidades, riesgos y cauciones propias un litigio conducido bajo las reglas de un debido proceso. El procedimiento invalidatorio ante la Contraloría se iniciaba mediante un reclamo escrito, informal, fundado o no, sin exigirse al reclamante perseverar en él, probar ni caucionar; la posibilidad de invalidar en definitiva era gratuita.

La Corte de Apelaciones de Santiago (3^a sala) y la Corte Suprema corrigieron en su fallo estas distorsiones de costos. Reconocieron el derecho de propiedad y negaron al procedimiento del Contralor la aptitud de sustituir a los tribunales y a simular un precario debido proceso. Con ello, el titular del permiso queda amparado en su propiedad y obtiene la consiguiente certeza. No obstante si en el permiso hubo ilegalidad, el interesado deberá asumir responsablemente el costo de litigar, “arriba de la mesa” y “respetando” las garantías del debido proceso.

En síntesis, se trata de un fallo loable, que desincentiva las impugnaciones irresponsables y confiere un adecuado nivel de certeza a los actos administrativos sensibles para la inversión.

Los demás fallos

El segundo grupo de sentencias que se destacan son las emanadas del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema en materia tributaria. Los profesores Greiber, Ocampo y Seguel han recopilado y alabado los fallos que vienen declarando la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, por apartarse del principio constitucional del debido proceso, derecho al juez natural e indelegabilidad de la jurisdicción. El Tribunal Constitucional ha profundizado valiosamente la jurisprudencia que la Corte Suprema ya registraba desde hace años en la materia (*Verdugo, 2002, Moral Fernández 2004*, etc.) y con fecha 26 de marzo de 2007 procedió derechosamente a la derogación judicial de la norma por vez primera en la historia, mediante su declaración de inconstitucionalidad (Art. 93 Nº 7 Constitución, rol 681-2006). Esta será materia de nuestro volumen 2007.

El resto de los fallos en este libro responden a la tendencia central que se advierte en 2006. Esta consiste en sentencias que, acertando o equivocando una solución al caso concreto, ofrecen típicamente escasos aportes, razonamientos, ponderaciones y avances dogmáticos que ilustren el debate, sea jurídico, económico o constitucional.

Como puntualizan los profesores García y Brunet en su trabajo sobre el debido proceso y libertad de enseñanza, una sociedad libre necesita del rol iluminador, uniformador y ordenador de las sentencias. Este bien público solo se satisface si los jueces se vinculan progresivamente con sus precedentes y estos descansan en razonamientos dogmáticos.

En materia penal, el profesor Salinas discrepará severamente de la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Almonacid*, en la que se funda la imprescriptibilidad de ciertos delitos en la costumbre internacional. Allí y en la sentencia del Tribunal Constitucional, comentada por el profesor Fernández sobre *multas en materia eléctrica* (rol Nº 480), se concluirá que los principios constitucionales de tipicidad y legalidad penal han quedado sacrificados.

Siguiendo con la justicia ordinaria, en materia laboral el profesor Covarrubias formula una interesante tesis sobre el rol jurídico de una cámara de vigilancia, al tiempo que discrepa de la sentencia de protección que la estimó agravante de la intimidación. En el ámbito civil y financiero, el profesor Bahamóndez revisa la sentencia de la Corte Suprema que exculpó a una empresa auditora en el caso *Midway-Isacruz*, y subraya la importancia de la función de esta clase de firmas para el proceso de formación de capital.

Otras tres sentencias del Tribunal Constitucional –órgano saludablemente potenciado por las reformas constitucionales de la Ley 20.050– no han resultado convincentes para nuestros redactores.

Registrando satisfacción por la decisión concreta en el fallo *Ley de Subcontratación*, el profesor Ribera sugiere, no obstante, que debió invocarse fundamentos sustantivos y no formales para la decisión por el Tribunal, que en definitiva produjo el efecto de salvaguardar la identidad y autonomía de la sociedad intermedia llamada empresa.

Los profesores Gómez y Díaz de Valdés, a su turno, analizan dos sentencias del Tribunal Constitucional con variable evaluación de su acierto. El primero reclama al Tribunal Constitucional una incorrecta ponderación de derechos constitucionales al fallar el caso *desafuero*, al quedar privado el ofendido de todo procedimiento para desaforar al parlamentario infractor que injuria o calumnia. El segundo toma nota de la breve sentencia por la cual el Tribunal declina revisar la constitucionalidad de lo actuado por el presidente del Senado. Con su mérito, elabora una tesis sobre el fundamento conceptual que habilitaría para controlar la constitucionalidad de una reforma constitucional.

Las sentencias del Tribunal de la Libre Competencia son en este caso comentadas por los mismos profesores que en la edición anterior. Los casos *Voissnet con Telefónica CTC* y *Empresas de Oxígeno* serán excelentes oportunidades para adentrarnos en las problemáticas clásicas de este tipo de ilícitos. El profesor Romero discrepa fundamentalmente del estándar de prueba aplicado en el segundo fallo, y los profesores Avilés y Domper analizan el contexto de la legislación de libre competencia y sus riesgos ante la Constitución.

En síntesis, durante 2006 nuestros máximos órganos de justicia no han generado sentencias plenamente convincentes para nuestro Consejo Editorial. Tanto en su deber de generar precedentes con contenido dogmático en el litigio concreto, como de estimular una sociedad de libertades en general, estamos seguros que 2007 será un mejor año.

ARTURO FERMANDOIS VÖHRINGER
Santiago, abril de 2006

Pricewaterhouse: Responsabilidad de las empresas auditadoras externas por sus labores profesionales

■ ■ ■

FELIPE BAHAMÓNDEZ PRIETO

Profesor Facultad de Derecho y Director del Magíster Derecho de la Empresa,
Universidad Católica de Chile

RESUMEN

El artículo revisa los principales aspectos de la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales de justicia respecto de la responsabilidad extracontractual de una empresa auditora externa y las consecuencias de los errores en su revisión de la situación patrimonial de una empresa. El artículo busca dar un marco amplio a la importante labor que cumplen las empresas auditadoras externas y delimitar su responsabilidad atendida su función dentro del mercado de capitales.

SUMARIO

I. Introducción. II. Síntesis de los hechos. III. La aplicación del derecho. IV. Algunas conclusiones preliminares. V. Mercado de capitales e información financiera. VI. La diligencia debida de los asesores externos y en particular de los auditores externos. VII. Las distorsiones en la información que proporcionan las sociedades anónimas y sus efectos en el mercado de capitales: una breve mirada desde el análisis económico del derecho. VIII. Algunas consideraciones jurídicas de los fallos. IX. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El 20 de julio de 2006 la Corte Suprema puso fin a un largo juicio en que se demandó la indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual en contra de la empresa Price Waterhouse Consultores y Auditores y Cía Limitada, hoy conocida simplemente como Pricewaterhouse Coopers¹. El fallo de primera instancia, confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, desecha la de-

¹ Filial chilena de una de las empresas auditadoras más grandes del mundo y que forma parte de lo que en la jerga financiera se conoce como el selecto club de las "Big Four", del que también son miembros Deloitte, Ernst & Young y KPMG, todas con presencia en nuestro país.

manda de responsabilidad extracontractual. El tema de fondo planteado a lo largo del juicio es de la posible responsabilidad extracontractual de una empresa auditora externa por sus errores o posible negligencia profesional al desarrollar funciones propias de su especialidad. En efecto, la demandante alega que debido a los errores en los informes de los auditores se hizo un equivocado juicio de la inversión que estaba realizando, informes que habrían sido determinantes en su decisión de invertir una cantidad muy relevante de su patrimonio, lo que le habría generado al corto plazo importantes pérdidas debido a la quiebra posterior de la empresa en cuestión. Por su parte, la defensa se encarga de dejar de manifiesto que, si bien hubo errores en su actuación, la decisión de invertir se tomó por una serie de otras consideraciones, dentro de las cuales los informes de auditoría no jugaron un rol decisivo. Desde nuestra perspectiva, creemos que el rol de los auditores externos es tan importante en el mercado de capitales y en el proceso de formación de capitales, que un error en su actuación profesional no puede ser pasado por alto, si bien pueden haber consideraciones que hagan atenuar el monto de los posibles perjuicios causados.

Nuestra Corte Suprema llegó a conocer la causa Rol N° 3572-2005 por la vía de sendos Recursos de Casación en la Forma y en el Fondo, desecharando el primero de ellos por no reunirse las causales legales, toda vez que de la lectura del fallo de primera instancia, confirmado por el de segunda, aparece claramente, según la Corte, que el fallo recurrido cumple con los requisitos formales que el recurso estima infringidos. Con el Recurso de Casación en el Fondo en cambio, si bien es desecharido en definitiva, la Corte Suprema fue un poco más vaga toda vez que manifestó que en el recurso en cuestión no se explicó circunstancialmente el modo en que la vulneración de las normas invocadas (Ley de Sociedades Anónimas y su Reglamento; las Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas, establecidas por el Colegio de Contadores y el Instituto de Contadores Profesionales Auditores; y la Ley sobre Fondos de Inversiones y su Reglamento) habrían constituido un error de derecho en relación con las disposiciones que consagran la responsabilidad civil extracontractual, en especial al no haberse invocado por el recurrente la infracción a la norma del artículo 2.314 del Código Civil, norma sustantiva básica de dicha responsabilidad.

De esta manera, pareciera no estar dicha la última palabra en materia de responsabilidad de las auditadoras externas por los informes

que emiten en tal calidad profesional, si bien el precedente claramente las favorece.

Es relevante considerar con alguna detención el caso, toda vez que dichas empresas cumplen un rol fundamental en el proceso de formación de capitales y son parte del complejo mecanismo que hace que los mercados de capitales funcionen en forma eficiente. Por lo mismo, desde un punto de vista de la eficiencia, puede haber importantes razones para ir dilucidando con más nitidez su responsabilidad, lo que debiera redundar en un mercado de capitales más confiable y profundo.

II. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Los hechos, según aparecen ellos descritos en los fallos respectivos, se resumen en que el llamado Fondo de Inversión de Desarrollo de Empresas Midway S.A. (en adelante el “Fondo”) demandó a Price Waterhouse Consultores y Auditores y Cía. Limitada (en adelante “Pricewaterhouse”), la indemnización de los perjuicios por cuasidelito civil derivados de la inversión realizada por la demandante en Intangibles Santa Cruz S.A. (en adelante “Isacruz”).

El Fondo y la sociedad que lo administra habrían considerado para efectos de dicha inversión, en forma muy relevante, los informes sobre los estados financieros consolidados de Isacruz y sus filiales desde 1990 en adelante y especialmente para los años 1993 y 1994 y parciales del año 1995; los estados financieros de las filiales de dicha compañía; y las tasaciones de los bienes raíces más importantes de propiedad del grupo Isacruz; todos documentos elaborados por la consultora demandada. Producto de lo anterior, indica en su demanda, el Fondo ingresó a la propiedad de Isacruz junto a otros nuevos accionistas.

Manifiesta el demandante que una vez dentro de la propiedad de Isacruz, comenzó a conocer una realidad totalmente distinta respecto de su situación patrimonial, económica y financiera distinta de aquella que reflejaban los estados financieros auditados por Pricewaterhouse. El demandante indica que los pasivos de Isacruz eran muy superiores a los consignados en sus estados financieros, los bienes raíces no existían o carecían del valor consignado en las tasaciones, los gastos de operación eran muy altos, la recuperación de la cobranza era casi nula, y se debían impuestos y cotizaciones provisionales; todo lo cual lleva a sostener al demandante que se

trató de un fraude fraguado al amparo de profesionales complacientes o negligentes.

Agrega, además, que luego de declarada la quiebra de Isacruz, la demandada Pricewaterhouse al informar los estados financieros al 31 de diciembre de 1995 formula reparos a su propio trabajo y rebaja muy sustancialmente el patrimonio del grupo, lo que habría ocurrido en un breve lapso, pero que no fue observado ni informado antes como era su obligación legal y profesional.

En síntesis, la inversión realizada por el Fondo en Isacruz, que representó un 12% del mismo y una importante inversión patrimonial, pasó a ser una pérdida derivada de la quiebra sobreviviente de Isacruz y no le resulta posible separar el resultado dañoso para el Fondo de la actuación a lo menos negligente de la demandada Pricewaterhouse.

Por su parte, la defensa de Pricewaterhouse, fuera de aquellas defensas puramente formales que para nuestro análisis carecen de relevancia, manifestó que los contactos comerciales entre el Fondo e Isacruz se iniciaron con antelación a la inversión propiamente tal, lo que les habría llevado a estrechar esa relación por la vía de una inversión cuantiosa; por lo cual, es posible sostener que la inversión del Fondo no tuvo una causa única que excluyera otras consideraciones, siendo a lo más una con causa, la que unida a otros hechos, habría llevado al Fondo a invertir en Isacruz. Sostiene Pricewaterhouse en su defensa, que si todo fue un gran fraude como lo califica la demandante, la causa del perjuicio reside en la actividad dolosa de los gestores de Isacruz y no en las eventuales deficiencias técnicas que pudiere tener el trabajo de auditoría realizado por Pricewaterhouse.

Siguiendo esa misma línea de argumentos, Pricewaterhouse indica que la circunstancia que los activos de Isacruz hayan sido ficticios, importa un engaño no solo para el Fondo sino también para Pricewaterhouse, cuyo trabajo se realiza sobre la base de información que entrega el cliente y, sostiene, ciertamente debe ser creída por el auditor. Lo mismo habría ocurrido con los pasivos informados por la empresa auditada, los bienes raíces tasados e incluso los gastos, todo lo cual fue así declarado por el cliente al auditor, y sostiene, los errores o falsedades no son responsabilidad del auditor sino de la administración de Isacruz. Así también, la cobranza sería un acto de gestión empresarial, como también lo son los pagos provisiona-

les y tributarios, y responsabilizar al auditor por estos hechos es erróneo e inaceptable porque confunde la administración con la revisión de los estados financieros y se hace víctima al auditor externo de la malicia del cliente, transfiriendo la responsabilidad con miras a obtener una recuperación que la ley no admite.

Por último, Pricewaterhouse vuelve en su defensa sobre la idea que la decisión por parte del Fondo de invertir en Isacruz se tomó sobre la base de varios factores, incluyendo un proceso de *due diligence* liderado por los bancos de la plaza que participaron en el oferta de un porcentaje de la propiedad de Isacruz y que fuera finalmente adquirido por el Fondo, lo que en términos legales equivale a alegar que no existió la relación de causalidad necesaria entre el hecho de su representada y los daños reclamados por el Fondo.

III. LA APLICACIÓN DEL DERECHO

En primera instancia, el fallo es particularmente duro en contra de la demandante, toda vez que desestimó con costas la demanda. En su parte medular, el fallo, en primer término, da por acreditado los hechos esenciales de la causa, esto es, que Pricewaterhouse se desempeñó como empresa auditora externa de Isacruz entre los años 1990 y 1996, que en la realización de sus labores se basó en los antecedentes proporcionados por la propia empresa auditada, que los estados financieros auditados por Pricewaterhouse no reflejaban con exactitud la verdadera situación financiera del grupo Isacruz y sus filiales, y, por último, que al momento de tomar la decisión de invertir ello se hizo puntualmente sin tener todavía los informes finales que correspondían al ejercicio comercial anterior.

Luego de eso, el fallo da la razón legal de mayor peso en su análisis, al indicar que no es aceptable pretender que la decisión de invertir por parte del Fondo se haya tomado, exclusivamente, en base a los estados financieros auditados por Pricewaterhouse. El fallo expresa que ha quedado de manifiesto que fueron muchos los factores que llevaron al Fondo a tomar la decisión de invertir, lo que queda en evidencia en una carta enviada por el Fondo a sus aportantes en que se les indica que la decisión de invertir consideró, además de los informes de Pricewaterhouse, los informes de *due diligence* elaborados por reputados estudios legales y la valorización de la empresa realizada por importantes bancos de la plaza, entre otros elementos.

Respecto de la violación por parte de Pricewaterhouse de las normas de auditoría generalmente aceptadas, el fallo desecha escuetamente el tema al decir que no es esta la instancia pertinente para revisar dicha infracción, la que estaría radicada en la Superintendencia de Valores y Seguros, por lo cual no entra al análisis de las supuestas infracciones.

En segunda instancia, la Corte de Apelaciones conoció la materia por la vía de un Recurso de Casación en la Forma y Apelación. Adelantemos que en ambos recursos le fue mal al Fondo, toda vez que ambos fueron desechados, salvo en cuanto lo exime de la carga de las costas del juicio por estimar que tuvo motivo plausible para litigar.

Con todo, la Casación en la Forma contiene una alegación importante para nuestro análisis. En efecto, se alega que el fallo omitió pronunciarse sobre un asunto sometido a su decisión, esto es, la responsabilidad civil de la demandada por haber infringido las normas técnicas que rigen su conducta como auditor externo de una sociedad anónima. Lo anterior en virtud de las normas pertinentes de la Ley de Sociedades Anónimas y su Reglamento, habiendo el tribunal de primera instancia eludido la materia al señalar que ello correspondería a la Superintendencia respectiva.

La Corte rechaza esta causal de casación, invocando que el fallo de primera instancia efectivamente resuelve el asunto controvertido, porque declara que en el caso no concurren los elementos del cuasidelito civil que se invocó como fuente de responsabilidad de la demandada, eludiendo de esta manera entrar a señalar si los tribunales de justicia son un *forum* adecuado para la discusión del incumplimiento por parte de la demandada, de las reglas técnicas a las que debe ceñirse en el cumplimiento de su profesión.

En el Recurso de Apelación la Corte de Apelaciones discurre esencialmente sobre los elementos que deben concurrir en la responsabilidad extracontractual, deteniéndose, como es evidente, en el elemento causal y las principales teorías que explican la manera en que este elemento debe estar presente, concluyendo en síntesis, que al haber sido diversas las empresas consultadas para efectos de asesorar la inversión del Fondo, faltaría el elemento causal para imputar a la demandada el daño alegado.

Además, y esto es interesante, el fallo de apelación elimina el considerando del fallo de primera instancia que se refería justamente a que los tribunales ordinarios de justicia no serían la instancia ade-

cuada para revisar las infracciones a las reglas técnicas, lo que correspondería, según el juez de primera instancia, a la Superintendencia respectiva.

Por último y como adelantamos, la Corte de Apelaciones revoca el fallo en cuanto a la condenación en costas toda vez que estimó que el Fondo tuvo motivo plausible para litigar.

La Corte Suprema llegó a conocer de la materia por la vía de sendos Recursos de Casación en la Forma y en el Fondo. Respecto del primero de ellos, la Corte Suprema desecha las causales invocadas. En particular, destaca que no acogió aquella sobre falta de decisión del asunto controvertido simplemente indicando que la acción es rechazada por no concurrir los elementos del cuasidelito civil.

El Recurso de Casación en el Fondo plantea una cuestión similar aunque enfocada desde una óptica distinta. El recurrente denunció a través del Recurso de Casación en el Fondo la infracción a las normas específicas de la Ley de Sociedades Anónimas y su Reglamento, infracción a los principios de contabilidad generalmente aceptados establecidas por el Colegio del ramo y la infracción a las normas pertinentes de la Ley N° 18.815 que regula los Fondos de Inversión.

El fallo desecha el recurso, dando como fundamento la circunstancia que el recurso no explica el modo en que la vulneración en cuestión constituye un error de derecho que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, especialmente considerando que no se mencionó como quebrantadas las normas sobre responsabilidad extracontractual, especialmente el art. 2.314 del Código Civil, norma sustantiva básica en este tipo de juicios indemnizatorios.

La Corte Suprema señaló, a mayor abundamiento, que por el hecho de no haberse denunciado infracción justamente a esas normas, habiéndose reclamado indemnización por responsabilidad extracontractual, y aun de estimarse vulneradas las otras normas impugnadas, dichas infracciones carecen de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo y, en consecuencia, debe entenderse bien aplicada la norma omitida.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES

Leídos sin mayor detención, los fallos que sucintamente se han resumido parecen un muy favorable precedente para las empresas

auditoras, toda vez que una de ellas ha sido, por distintas razones, excluidas de responder extracontractualmente por sus labores profesionales, aunque dichas labores hayan sido manifiestamente erróneas o, a lo menos, inductivas a error en agentes del mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, esos mismos fallos contienen algunos elementos que nos hacen pensar que el debate no está terminado, muy por el contrario, es altamente probable que una discusión de esta naturaleza se vuelva a dar en nuestros tribunales en el futuro cercano. Por último, llama la atención que la atención que la Corte Suprema haya utilizado un criterio tan formalista para desechar el Recurso de Casación en el Fondo, toda vez que, según dicho tribunal, no se habría invocado por la recurrente la norma del artículo 2314 del Código Civil, dejando pasar de esa manera la oportunidad de delimitar con mayor precisión el régimen de responsabilidad de los profesionales.

V. MERCADO DE CAPITALES E INFORMACIÓN FINANCIERA

A modo de marco general, digamos que en el caso de sociedades que hagan oferta pública de sus valores, ellas deben cumplir con importantes requerimientos de información financiera². Esta materia está regulada principalmente en la Ley de Sociedades Anónimas N° 18.046 y su Reglamento, así como en la normativa de la Superintendencia de Valores y Seguros ("SVS")³.

Sin entrar en detalle, la información requerida contempla la entrega de estados financieros anuales que deben ser auditados por auditores externos, a los que se les exige estar inscritos en los registros de la SVS, siendo ellos sujetos fiscalizados respecto de la labor que realizan. Igualmente, a partir del año 2000 los estados financieros semestrales son sometidos a revisión limitada, por parte de los mismos auditores externos designados en Junta de Accionistas de la sociedad respectiva.

² CANALES (2002) pp. 34-42

³ Nos referimos principalmente a la Norma de Carácter General N° 30 que da pautas sobre la inscripción de emisores y valores de oferta pública en el Registro de Valores, su difusión, colocación y obligaciones de información continua; y, también en la Circular N° 1.501, que instruye sobre el contenido y la forma de los informes financieros de las sociedades inscritas en el Registro de Valores de la SVS, entre otras normas de dicho organismo que regulan en tratamiento contable de distintos temas societarios.

De lo dicho anteriormente se desprende que la normativa de valores en Chile les ha asignado una función de la mayor importancia, exigiéndose a los auditores externos de una sociedad cotizada o de cualquier entidad fiscalizada por la SVS, el deber de estar inscritos en el Registro de Auditores que lleva la misma SVS. Para efectos de dicha inscripción se les exige, entre otras, idoneidad técnica y moral que se refleja en su capacidad técnica y comportamiento irreprochable para desempeñar estas funciones.

En este contexto, la función básica del auditor externo es expresar su opinión profesional e independiente sobre los estados financieros, y el cumplimiento de dicha función implica, entre otras materias, la obligación de examinar con el máximo de diligencia, si las distintas operaciones están reflejadas razonablemente en los estados financieros; señalar a la administración de la sociedad cualquier deficiencia que detecten, tanto si ellas son prácticas contables o de control interno; velar para que los estados financieros se preparen de acuerdo a los principios y normas generalmente aceptadas y a las instrucciones dictadas por la SVS, y también revelar posibles fraudes o irregularidades que puedan afectar la presentación justa de la posición financiera o de los resultados.

Para cumplir su cometido, las empresas auditadoras tienen, entre otras, la facultad de examinar todos los libros, registros, documentos y antecedentes de la sociedad y de sus filiales.

Debido a las importantes funciones que cumplen los auditores externos, el Reglamento de la Ley de Sociedades Anónimas ha indicado, entre otras responsabilidades, que estos deben emitir sus informes cumpliendo con las normas de auditoría de aceptación general y, en el caso de las sociedades abiertas, cumpliendo con las instrucciones o normas de la SVS; y, utilizar técnicas y procedimientos de auditoría que garanticen que el examen sea confiable y adecuado, proporcionando elementos de juicio válidos y suficientes para sustentar su opinión.

Agreguemos, por último, que la Ley de Sociedades Anónimas ha señalado expresamente que los auditores externos responderán hasta de la culpa leve por los perjuicios que causaren a los accionistas con ocasión de sus actuaciones, informes u omisiones. A eso hay que agregar otras responsabilidades, incluso penales, contempladas en la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores respecto de personas sujetas a obligación de registro en conformidad a dicha ley.

VI. LA DILIGENCIA DEBIDA DE LOS ASESORES EXTERNOS Y EN PARTICULAR DE LOS AUDITORES EXTERNOS

Ya hemos visto que la normativa les exige a los auditores externos examinar con el máximo de diligencia, si los diversos tipos de operaciones realizadas por la sociedad están reflejadas razonablemente en la contabilidad y estados financieros de la empresa. Las aristas del tema son muy relevantes y afectan, a mi juicio, no solo a quienes desarrollan funciones de auditores externos, sino también de un modo genérico a todos los posibles asesores externos que participen en función de sus capacidades profesionales en procesos de compras o reestructuraciones de empresas, financiamientos corporativos, emisión de valoraciones financieras, entre otras.

Su análisis nos obliga a plantearnos los estándares con que se llevó adelante la investigación o revisión de los antecedentes materia del informe y determinar a partir de qué momento pueden ser los asesores externos responsables por los errores o la falta de información exacta que ellos contengan⁴.

En gran medida, responder la pregunta implica hacer un juicio sobre la profundidad con que se debe llevar adelante el trabajo para el cual ha sido contratada la asesoría externa, para evitar posteriormente demandas si el informe en cuestión adolece de errores, inexactitudes u omisiones.

En otros países, como Estados Unidos, se han ido estableciendo ciertos parámetros sobre Diligencia Debida a lo menos en materia de Registro de Oferta Pública de Valores. En efecto, a propósito de la información que debe proporcionarse en dicho país en los procesos de Registro de Oferta Pública de Valores, una de las defensas más importantes frente a demandas civiles que enfrentan los asesores involucrados (principalmente Bancos de Inversión, en situaciones de registros que contienen información falsa, inexacta o incompleta) es justamente la defensa de *Due Diligence* o Diligencia Debida.

Dicho en otras palabras, la defensa de *Due Diligence* se basa en que dichos asesores, luego de una revisión o investigación razonable, han tenido base suficiente para creer, y efectivamente lo hicie-

⁴ BAHAMÓNDEZ (2002) pp. 653-660

ron, que lo señalado en los documentos de registro era exacto y correcto. En otras palabras si se cumple con esos parámetros, ellos han actuado con la Diligencia Debida del caso, que los libera de responsabilidad.

Determinar el alcance de la defensa de *Due Diligence* es un tema que se ha ido decantando lentamente en dicho país, siendo quizás uno de los hitos más importantes el llamado caso *Escott v. BarChris Construction Corp.*⁵, en el que un banco asesor fue demandado por las falsedades que se contenían en un documento de registro de valores de oferta pública de uno de sus clientes que cayó en quiebra. Durante el curso del proceso se constató que el banco asesor revisó un número limitado de documentos, dejando de revisar contratos importantes de la empresa, y en general actuó muy concordante con la administración de la compañía, lo que motivó que el fallo dijera que en estos procesos las posiciones de los asesores externos y la administración de la empresa son esencialmente opuestas.

Extrapolando las ideas a nuestro país, si en el desempeño de su trabajo los asesores externos, incluidos los auditores externos, han aplicado los estándares apropiados de un profesional calificado del área que se trate sea esta auditoría, legal o financiera en general, actuando dicho profesional en forma prudente y razonable, considerando el tipo de empresa de que se trata y el grado de profundidad adecuado de la investigación encomendada, frente a posibles demandas por responsabilidad civil, ellos tendrán disponibles una suerte de defensa de Diligencia Debida en los términos arriba enunciados, esto es, que luego de una investigación y trabajo razonable en el área específica de dicho profesional, se tuvo base cierta para pensar, y efectivamente se creyó que lo informado era exacto y correcto, sin omisiones ni errores, lo que tendrán que acreditar en el juicio respectivo.

⁵ *Escott v. BarChris Construction Corp.* , 283 F. Supp. 643 (S.D.N.Y. 1968).

VII. LAS DISTORSIONES EN LA INFORMACIÓN QUE PROPORCIONAN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS Y SUS EFECTOS EN EL MERCADO DE CAPITALES: UNA BREVE MIRADA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

La literatura comparada ha dedicado su atención a modelar algunas causas y consecuencias que se producen para el mercado, derivadas de una errada información emanada de las sociedades anónimas, en particular desde la óptica del análisis económico del derecho o *law and economics*⁶.

El análisis supone reconocer una realidad incómoda y es que hay muchos incentivos para la administración de las compañías en lograr que la información que se entrega al mercado no necesariamente sea la correcta. Por ejemplo en casos en que los administradores son a su vez accionistas, el incentivo a falsear la información que recibe el mercado es alto, toda vez que buscarán mejorar por esa vía su propia utilidad personal y capturar para ellos el premio que entrega el mercado si suben las acciones producto de la falsa información.

Pero incluso, más allá de eso, las distorsiones en la información que recibe el mercado produce un efecto muy negativo en las decisiones de inversión en general, alterando la mejor decisión de inversión que se puede hacer en el mercado, de forma tal que compañías que no debieran recibir aportes de nuevos inversionistas lo reciben producto de esta información distorsionada y, en cambio, aquellas compañías que no han incurrido en distorsión alguna en la información que han proporcionado pueden recibir menos aportes de inversionistas que el que debieran recibir o son castigadas pese a haber actuado correctamente.

Es decir, el proceso de formación de capital mismo está siendo atacado si se permite que prácticas de esta naturaleza se hagan comunes en la economía. Si a eso se le suma la posibilidad que las responsabilidades legales de aquellos que participan en el proceso de entregar información al mercado, como son típicamente los auditores externos, no están bien definidas en las leyes o bien, los tribunales no son claros en aplicar dichas normas, evidentemente hay un perjuicio al proceso de formación de capitales en general y al valor de las acciones en particular.

⁶ BECHUK Y BAR-GILL (2002).

En síntesis, hay costos de eficiencia que se pagan, sin lugar a dudas, en un escenario de distorsiones de información al mercado por parte de las empresas y solucionarlo tiene que ver también con mejorar las normas de gobierno corporativo de las empresas que justamente evite el círculo vicioso mencionado.

Es evidente que un análisis de este tipo excede el caso específico de los auditores externos, toda vez que los incentivos mayores para incurrir en distorsiones de información lo tienen los administradores mismos de las compañías, o sus dueños en el caso chileno, según ellos vean los beneficios de dichas prácticas de inmediato o al mediano o largo plazo⁷, sin perjuicio de lo cual los asesores externos, dentro de los cuales se encuentran los auditores externos, son parte de ese proceso de información al mercado de capitales y como tales no están ajenos a los resultados dañinos que su actuar genera en el mercado.

VIII. ALGUNAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS DE LOS FALLOS

El tema de la causalidad es probablemente la justificación jurídica de mayor relevancia que proporcionan los fallos analizados para justificar su decisión. Así, aparece claramente del fallo de primera instancia y especialmente del fallo de segunda instancia, donde la Corte de Apelaciones avanza algunas disquisiciones jurídicas acerca de las teorías que explican el tema de la causalidad, aunque luego parece tomar distancia de las mismas al señalar que, independiente de la teoría de causalidad que se acepte, “prima el sentido común, el buen juicio para hurgar en los antecedentes allegados a la causa y determinar si ha habido o no relación de causa a efecto entre el hecho ilícito y el daño producido”.

Dicho en términos muy simples, se produjo la discusión acerca de si la participación de Pricewaterhouse en los hechos fue la razón fundamental en la decisión del Fondo, o bien, si fue un elemento más dentro del proceso de decisión del Fondo y, en este último caso al concurrir con otros elementos pierde la relación de causalidad entre el hecho y el daño que se le produjo al Fondo.

No es la idea adentrarse, en este artículo, en las complejidades del tema de la causalidad como presupuesto de la responsabilidad ex-

⁷ BEAVER (1977).

tracontractual, materia en la que hay muy buena y reciente literatura jurídica para consultar⁸. Como acertadamente destaca la doctrina más actual, la complejidad del tema, más que debatir entre teorías, radica en determinar la imputación objetiva de los daños a los criterios para calificar esos daños como directos o indirectos, lo que supone el juicio de si el daño puede ser normativamente imputado al hecho⁹.

En mi lectura de los fallos, el actuar de Pricewaterhouse tuvo efectivamente la potencialidad de generar las consecuencias dañosas, ello, sin perjuicio que pueden haber causas concurrentes, incluyendo un argumento hecho valer por la defensa de Pricewaterhouse y al cual los fallos no le atribuyen mayor relevancia y es analizado como un tema de responsabilidad de los directores que toman la decisión de invertir.

En efecto, la defensa de Pricewaterhouse argumentó que los supuestos daños sufridos por el Fondo son consecuencia de su propia falta de diligencia y cuidado, lo que se magnifica por la circunstancia que por sus actividades el Fondo puede ser calificado como un experto en materia de inversiones, de manera tal que mal puede haber sido determinante en su conducta la actuación de Pricewaterhouse.

En temas de mercado de valores se habla a nivel comparado de calificación o sofisticación de los inversionistas, en el sentido que la calificación de los mismos determina el nivel de protección del que son merecedores a través de las exigencias de información¹⁰.

Este tema puede ser abordado también como una tarea pendiente de nuestra legislación mercantil, toda vez que sería posible establecer diferencias claras de información y responsabilidad tratándose justamente de esa clase de inversionistas sofisticados o expertos. Por último, sostener que los tribunales de justicia no son la instancia correcta para discutir el incumplimiento por parte la demandada Pricewaterhouse de las reglas técnicas a las que debe ceñirse en el cumplimiento de su profesión es un error del fallo de primera instancia que fue certeramente corregido a nivel de la Corte de Apelaciones. Es evidente, a mi juicio, que los tribunales ordinarios de

⁸ CORRAL (2003) pp. 179-217 y BARROS (2006) pp. 373-444.

⁹ BARROS (2006) pp. 389 y ss.

¹⁰ FERNÁNDEZ DE ARAOS Y GÓMEZ-JORDANA (1999) pp. 29 y ss.

justicia son la instancia correcta para dicha discusión y esperamos, por el bien del mercado de capitales, que ella se vuelva a dar en el futuro cercano.

Por último, creemos que los tribunales podrían haber abordado el tema desde una óptica más actual del derecho civil, esto es, adentrándose en la responsabilidad profesional propiamente tal. En efecto, la doctrina civil en general mira cada vez con más interés este tipo de responsabilidad, que en muchos aspectos supera la clásica distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, dado el sometimiento a la normativa reglamentaria técnica que debe cumplir al profesional en cuestión, lo que permitiría evaluar su conducta con estándares más objetivos como son el cumplimiento de dicha normativa reglamentaria técnica, alejándose de una valoración exclusivamente subjetiva de culpa o dolo en el actuar del profesional. Es evidente que abordar el problema de esta manera habría llevado a conclusiones diferentes aunque hubiese requerido invocar criterios actuales de la doctrina civil, lo que normalmente no ocurre en nuestros muy conservadores tribunales de justicia.

IX. CONCLUSIONES

Primero. Las empresas auditadoras cumplen una función muy relevante dentro del mercado de capitales y sus labores están reguladas en distintos cuerpos legales, principalmente la Ley de Sociedades Anónimas y su Reglamento, así como la normativa de la Superintendencia de Valores y Seguros.

Segundo. En el cumplimiento de sus funciones las empresas auditadoras externas deben emplear la Diligencia Debida, lo que implica emplear sus máximas capacidades para desarrollar sus labores profesionales. Ello es también aplicable a otros asesores externos como bancos de inversión o abogados, cada uno en sus respectivas funciones profesionales.

Tercero. Concordante con lo anterior, la defensa de Diligencia Debida solo puede estar disponible cuando los asesores externos puedan acreditar haber cumplido con esos altos estándares profesionales.

Cuarto. Las consecuencias para el mercado de capitales de permitir distorsiones en la información que usan los agentes del mercado son muy graves para el proceso de formación del capital y, en última instancia, para el valor de las acciones. Desde luego, los

auditores externos son un filtro a posibles tentaciones de los administradores a manejar la información que proporcionan al mercado. Por otra parte, y muy relevante, las distorsiones en la información que recibe el mercado produce un efecto muy negativo en las decisiones de inversión en general, alterando la mejor decisión de inversión que se puede hacer en el mercado, de forma tal que compañías que no debieran recibir aportes de nuevos inversionistas lo reciben producto de esta información distorsionada y, en cambio, aquellas compañías que no han incurrido en distorsión alguna en la información que han proporcionado pueden recibir menos aportes de inversionistas que el que debieran recibir o son castigadas pese a haber actuado correctamente. En síntesis, hay importantes costos de eficiencia que se pagan en el mercado de capitales producto de no cumplir el rol asignado a los agentes del mercado.

Quinto. Si bien no concuerdo con el resultado final de este juicio ni las razones dadas en los fallos respectivos para excluir de responsabilidad a Pricewaterhouse, se debe señalar que los fallos analizados dejan abierta la posibilidad de que el tema de fondo, sobre responsabilidad extracontractual de los asesores externos, sea nuevamente planteado y ciertamente ello ocurrirá a futuro. Es más, sería deseable que el tema sea abordado desde una perspectiva más actual de la responsabilidad profesional que considerara de manera preponderante el sometimiento de los profesionales como los auditores a una normativa reglamentaria técnica, lo que permiten juzgar su actuación sobre parámetros más objetivos que se desprenden justamente de esa normativa.

Sexto. A mayor abundamiento del punto anterior, los tribunales de justicia son un foro adecuado para la discusión de estos temas, incluyendo la vulneración de normas técnicas que regulan la profesión, sean de auditores u otros profesionales equivalentes.–

BIBLIOGRAFÍA

- BAHAMÓNDEZ, Felipe (2002): "El Rol de los Abogados en los Procesos de Due Diligence en la Compra de Empresas" 29 *Revista Chilena de Derecho* 3.
- BARROS, Enrique (2006): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BEAVER, William H. (1977): "The Nature of Mandated Disclosure" en POSNER, Richard A. y SCOTT, Kenneth E.: *Economics of Corporation Law and Securities Regulation* (1980, Little, Brown and Company).
- BEBCHUK, Lucien y BAR-GILL, Oren (2002): "Misreporting Corporate Performance" *John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper* N° 400.
- CANALES, Lucía (2002): "La Información Financiera en el Mercado de Valores Chileno", 5 *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores*.
- CORRAL, Hernán (2003): *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FERNÁNDEZ DE ARAOS, Alejandro y GÓMEZ-JORDANA, Iñigo (1999): *La Colocación Privada de Valores* (Madrid, Civitas).

Derecho a la intimidad en el trabajo: Lo importante no es quién mira sino qué es lo que se mira

■ ■ ■

IGNACIO COVARRUBIAS CUEVAS

Profesor Facultades de Derecho y Comunicación, Universidad de los Andes

RESUMEN

Sostendremos, junto con la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, que no ha existido en este caso intromisión ilegítima al derecho a la vida privada de los recurrentes que fueron enfocados por unas cámaras de circuito cerrado de televisión, mientras instaban a sus compañeros a paralizar la jornada laboral. Estimamos que, en el específico contexto de este caso, las cámaras de televisión de circuito cerrado desempeñan hoy una función análoga a la que en otros tiempos, o incluso hoy, cumplía el supervisor que vigila el proceso productivo en una empresa. Este argumento junto a otros de naturaleza más conceptual, nos llevarán a efectuar una valoración crítica de la sentencia de la Corte Suprema que, revocando el fallo pronunciado por la Corte de Puerto Montt, acogió la pretensión del recurrente de protección que estimó que la instalación y el empleo de cámaras de video para vigilar las dependencias, así como para controlar el proceso productivo y la seguridad de las personas que laboran en la empresa, vulneraba el derecho a la intimidad de los operarios.

SUMARIO

I. Introducción. II. Los hechos que dan origen al caso y las pretensiones de las partes. III. La sentencia de la Corte de Puerto Montt. IV. La Corte Suprema. V. Evaluación general de la sentencia de primera y segunda instancia. VI. Objección central al fallo de la Corte Suprema. VII. Síntesis. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo persigue evaluar críticamente una sentencia de la Corte Suprema que estima que los acercamientos de primer plano que individualizan a los recurrentes, resultan atentatorios a la vida privada de estos. El balance es negativo, toda vez que estimamos que no existe tal vulneración al derecho a la intimidad de los recurrentes. Al fundamentar nuestra opinión no solo entregaremos algunos criterios de valoración respecto de vulneraciones al derecho a la vida privada, en el específico contexto de los circuitos cerrados de televisión, sino que asimismo daremos algunas pautas de resolución de casos de derechos fundamentales por la vía de acudir al análisis

del contenido constitucionalmente protegido de los derechos. Ello supone excluir la noción tan compartida de que es titular de un derecho todo aquel que invoca uno en su favor, sin atender si se encuentra en el ejercicio regular o legítimo del mismo.

II. LOS HECHOS QUE DAN ORIGEN AL CASO Y LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES

El caso a relatar culmina con la sentencia definitiva pronunciada por la primera sala de la Corte Suprema que revoca, en segunda instancia, aquella de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt que había rechazado la acción de protección interpuesta por los Sindicatos N° 1 y 2 de Empresas Aqua Chile S.A., en contra del representante legal y del gerente de recursos humanos de la misma, así como también en contra del gerente de la planta de Puerto Montt.

2.1 El recurrente

El recurrente acompaña al recurso dos cintas de video que, en su opinión, han sido utilizadas para (a) la vigilancia y (b) control de los trabajadores; y no para proteger el proceso productivo o la seguridad de las instalaciones, al extremo de efectuarse seguimientos, acercamientos de cámaras y encuadres en primer plano sobre determinados trabajadores, dejando de lado cualquier aparente control de supervisión de la línea de producción. A su juicio, esto constituye en la práctica una forma de control ilícito en cuanto supone un sacrificio del derecho a la intimidad, vida privada y honra de los trabajadores que no es razonable o proporcional a los fines de vigilancia de las instalaciones y/o del proceso productivo.

La acción constitucional se funda en la vulneración de los artículos 19 N° 4 de la Constitución Política y 5º, inciso primero, del Código del Trabajo, que dispone que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieren afectar a la intimidad, la vida privada o la honra de estos. Solicita, por ello, que se acoja la presente acción cautelar declarando que el sistema de vigilancia vía videocámara constituye un control ilícito de los trabajadores cuando su uso tiene por objeto vigilar el desempeño laboral de estos.

2.2 El recurrido

La parte recurrida sostiene que el uso de equipos de vigilancia y la forma en que son empleados los sistemas de seguridad en la empresa recurrida es perfectamente lícito, siendo un criterio compartido con la Inspección del Trabajo. La legislación laboral dispone que corresponde al empleador el ejercicio de las facultades de dirección de la empresa, de contratar los servicios de vigilancia que sean necesarios para la debida protección del establecimiento, del proceso productivo, de las instalaciones y de las personas que laboran en dichas instalaciones.

Añade, que es en el contexto anterior que la empresa Aqua Chile S.A. ha contratado un servicio de vigilancia con la empresa Sociedad Comercial de Sistema de Alarma Limitada, la cual provee de personal capacitado y proporciona equipos de seguridad y cámaras de televisión en circuito cerrado, siendo ello cotidiano en empresas, como el caso de su representada, donde se usan y elaboran insumos o productos alimenticios y de consumo para la población. En consecuencia, afirma que el uso de cámaras existe, se ajusta plenamente a derecho; asimismo, la recurrida mantiene en el establecimiento un sistema de vigilancia que proporciona personal y equipos que consta de 16 cámaras de las cuales solo cuatro se encuentran ubicadas en las salas de proceso. Las restantes están localizadas en portería, acceso a planta, andenes, exteriores, patio, entrada de materia prima, bodega, frigorífico y sala de salado, es decir, claramente destinadas a la seguridad del recinto.

En cuanto a los hechos a los que las videocintas se refieren, el recurrido señala que el miércoles 18 de mayo de 2005, y debido al despido de 39 trabajadores de un total de 791, tres trabajadores ingresaron a la planta con el fin de instar a sus compañeros de trabajo a abandonar sus puestos y adherir a un paro de brazos caídos o disminución del ritmo de producción, para lo cual desconectaron las líneas de producción; el resultado de lo anterior redundó en una baja sustantiva en la producción normal de salmón. A fin de acreditar estos hechos, se solicitó la certificación de un Notario Público, quien concurrió al lugar y pudo constatar la efectividad de la denuncia, primero con un monitor de circuito cerrado de televisión y luego al interior de la planta. Una vez que los recurridos se percataron de la presencia de la Ministro de Fe, suspendieron su irregular accionar, pero como consta del atestado notarial, inmediatamente después de haberse alejado del lugar, retomaron su actitud,

situación que fue contrastada en la sala de monitoreo televisivo, video acompañado a dicho recurso y que es materia de la controversia.

En consecuencia, los eventuales acercamientos de los monitores se refieren precisamente a una situación especial de boicot al interior de la planta, y en dicho contexto las cámaras cumplen el objetivo de detectar situaciones anómalas que afectan el proceso productivo, actos que no son ilegales. Solicita, por tanto, el rechazo del recurso por cuanto el recurrido se ha limitado a contratar el servicio de vigilancia el cual es establecido y desarrollado por una empresa que determina técnicamente la forma en que se desarrolla, en el entendido que se trata de vigilar la seguridad del establecimiento y el proceso productivo.

2.3 Informe de la Dirección del Trabajo (regional)

El informe arroja como conclusión, que se puede afirmar que el sistema implementado por la empresa recurrida no cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia administrativa sustentada por este servicio, entre otros motivos, al no contemplar en el reglamento interno de la empresa estipulación alguna referida al sistema de videocámaras implementado al interior de la misma, lo que infringe lo establecido en el artículo 154 del Código del Trabajo en relación con el artículo 477 del mismo.

III. LA SENTENCIA DE LA CORTE DE PUERTO MONTT

3.1 Fundamentos de la sentencia

En cuanto al contenido de la filmación, la resolución de la Corte de Apelaciones da cuenta de que luego de examinar la cinta de video, “pudo constatar que las cámaras se dirigen hacia la línea de proceso y hacia los trabajadores, recorriendo toda la sala. Efectivamente, en varias oportunidades se hace seguimiento y acercamiento a tres trabajadores que utilizaban un gorro azul, distinguiéndose de los demás que usan gorro blanco”¹.

¹ Sentencia Corte de Puerto Montt, Considerando 7º.

Respecto del cumplimiento de la reglamentación laboral, reconoce que si bien el sistema implementado por la empresa “no cumple los requisitos establecidos en la jurisprudencia administrativa de ese servicio, y (...) provoca una infracción a la normativa legal existente (...) ello puede ser objeto de la aplicación de multa o sanción administrativa, pero no es suficiente para estimar que ello constituye un acto arbitrario o ilegal susceptible de ser subsanado por medio del recurso de protección, establecido solo para amparar las transgresiones o amenazas a las garantías constitucionales del artículo 19 de la Constitución Política de la República, en los números que señala”².

En relación a sí la actividad desplegada por la empresa vulneraba el derecho a la intimidad de los trabajadores, sostiene la Corte que “la actividad desarrollada por los trabajadores en su lugar de trabajo no constituye, desde ningún punto de vista, una vulneración a su vida privada y/o intimidad, ya que no es dable hablar de intimidad o vida privada en un lugar donde están más de 20 personas de ambos sexos, desarrollando su trabajo o conversando, como se observó en el video. Aun cuando la vigilancia se dirigiere a la persona de los trabajadores, ello no constituye, a juicio de estos sentenciadores, una vulneración a la honra de aquellos ni a su intimidad ni a su vida privada”³.

Por tanto, y apreciando los antecedentes en conformidad a las reglas de la sana crítica, la Corte concluye que no se reúnen los presupuestos para acreditar la existencia de algún acto ilegal o arbitrario que amague o vulnere la garantía constitucional de cuya trasgresión se recurre⁴, por lo que rechaza la pretensión contenida en la acción de protección.

3.2 Disidencia

El fallo contempla una disidencia que estuvo por acoger el recurso, fundado en que “el uso de la cámara de vigilancia destinada a la protección del establecimiento, de las instalaciones y personas que laboran en ella; para el seguimiento de trabajadores que interactúan con otros con fines de carácter sindical, constituye a juicio de este

² ÍDEM, Considerando 8º.

³ ÍDEM, Considerando 9º.

⁴ ÍDEM, Considerando 10º.

sentenciador un agravio al derecho a la honra de tales trabajadores, puesto que implícitamente se les trata de sujetos sospechosos de ejecutar algún acto ilícito"⁵. Por ello, estuvo por ordenar que el recurrido se abstenga de hacer uso de las cámaras de seguridad "para vigilar en forma encubierta la actividad gremial de sus trabajadores"⁶, por atentar contra la honra de los mismos.

IV. LA CORTE SUPREMA

4.1 Los fundamentos

La sentencia definitiva versó sobre dos aspectos. En primer lugar, estimó necesario "determinar si las empresas pueden o no tener instaladas en sus dependencias cámaras de video". En segundo término, quiso analizar si hubo o no intromisión en el derecho a la vida privada de los trabajadores.

Respecto de lo primero resolvió que si bien le asiste a toda empresa el derecho "para proveerse de todo tipo de elementos que le permitan resguardar y proteger su propiedad y la seguridad de los trabajadores que laboran en ella"⁷, en la especie "la empresa incurrió en un acto ilegal al utilizar un sistema de vigilancia, que ha sido establecido con inobservancia de la normativa legal correspondiente"⁸.

En cuanto a si el control y/o vigilancia alegado por los recurrentes constituye un control ilícito que supone un sacrificio del derecho a la intimidad, vida privada y honra de los trabajadores, la Corte Suprema sostuvo que "dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad, manifestándose ello en el deseo de, como

⁵ ÍDEM, voto disidente del Ministro señor Hernán Crisosto Greisse, fundamento III.

⁶ ÍDEM, fundamento IV.

⁷ Sentencia Corte Suprema, considerando 4º.

⁸ ÍDEM, considerando 7º. El Tribunal máximo da cuenta en su Considerando 6º que se desprende de las normas laborales "que el sistema de vigilancia vía cámaras de video puede ser utilizado por las empresas, pero su utilización debe ser incorporada en su reglamento interno, tomando conocimiento de ellos los trabajadores que laboran en la misma, y con el preciso objeto para el que han sido concebidos, protección y seguridad, lo que a la luz de los antecedentes aparece que no se ha cumplido, toda vez que según consta del informe de fiscalización que al efecto realizó la Inspección del Trabajo de Puerto Montt, se estableció que el sistema implementado en la empresa Aqua Chile S.A. no cumple con los requisitos legales, toda vez que no se contiene en el reglamento interno existente en la empresa, estipulación alguna referida al sistema de videocámaras implementado al interior de ella".

en el caso de autos, se mantenga en la esfera laboral y sindical las actividades realizadas por ellos, sin que en él se permita la intromisión de terceros. Lo anterior puede ser compatibilizado con la existencia de un sistema de vigilancia y protección en el recinto laboral, pero este no debe estar desviado de los fines que justificaron su instalación⁹. Por ello, concluye que “resulta que la utilización de cámaras de video por la empresa recurrida, en la forma realizada, a más de ilegal, vulnera la garantía invocada por los actores, lo que hará que el recurso en estudio deba ser acogido”¹⁰.

V. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

5.1 Innecesaria referencia a la legitimidad de contar con un circuito cerrado de televisión como condición previa para pronunciarse sobre la injerencia en la intimidad

Para pronunciarse sobre el fondo del asunto –esto es, si hubo invasión a la intimidad– era del todo innecesario determinar, como cuestión previa, la licitud de contar las empresas con sistemas de circuito cerrado de televisión. No es esto lo que el recurrente puso en duda al interponer la acción de protección, pues lo que él objetó concretamente es que las cámaras se hubiesen empleado para vigilar el desempeño laboral de los trabajadores, mediante acercamientos y seguimientos que individualizaban a algunos de ellos. En segundo término, la conclusión a la que se arribe sobre el punto no tiene por qué incidir en absoluto respecto de si hubo o no intromisión justificada en la intimidad de los trabajadores recurrentes: de la licitud o ilicitud del sistema no se sigue la conclusión positiva o negativa de la vulneración a la intimidad de las personas observadas. Por último, si el sistema fuese estimado ilícito, la Corte puede por sí mismo ordenar que la empresa se abstenga de seguir utilizándolo o, lo más sensato, remitir los antecedentes a la Dirección del Trabajo para que aplique las sanciones respectivas y regularice la situación.

A mayor abundamiento, la circunstancia de que un aspecto del derecho a desarrollar actividades económicas lícitas –el poder de

⁹ ÍDEM, Considerando 11º.

¹⁰ ÍDEM, Considerando 12º.

dirección y control de la empresa– no se haya ejercido, como lo dispone la Constitución, “respetando las normas legales que la regulen”¹¹, no se sigue presunción ni conclusión alguna acerca de la vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores bajo observación o vigilancia. Más aún, debería excepcionalmente admitirse en ciertos casos y respecto de ciertos lugares, la posibilidad instalar el sistema de circuito cerrado sin aviso a los eventuales observados, siempre y cuando la advertencia de ello pudiese frustrar la finalidad de descubrir ciertas irregularidades detectadas en la empresa¹².

5.2 Correcta resolución de la Corte de Puerto Montt sobre la ausencia de afectación al derecho a la intimidad

Como lo señaláramos en el recuento, la sentencia de primera instancia estimó que no hubo en la especie violación alguna al derecho a la intimidad, toda vez “que no es dable hablar de intimidad o vida privada en un lugar donde están más de 20 personas de ambos sexos, desarrollando su trabajo o conversando, como se observó en el video. Aun cuando la vigilancia se dirigiere a la persona de los trabajadores, ello no constituye, a juicio de estos sentenciadores, una vulneración a la honra de aquellos ni a su intimidad ni a su vida privada”¹³.

Con acierto y sentido común, la Corte de Puerto Montt concluye que no ha existido vulneración a la vida privada de los recurrentes, habida consideración de tres aspectos que estimó fundamentales para dilucidar el punto: (a) la naturaleza de la actividad desarrollada y (b) el lugar en que tal labor se lleva a cabo. Sobre cada uno de estos puntos nos pronunciaremos a continuación.

¹¹ Constitución Política, artículo 19 N° 21, inciso primero: “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

¹² Es lo que se sostuvo en la Sentencia del Tribunal Constitucional español, 186/2000. “Cámaras en el Economato de ENSIDESAS”, que trata del empleo de cámaras de circuito cerrado que tenían por objeto registrar el movimiento en las cajas pagadoras de la empresa.

¹³ Sentencia Corte Suprema, Considerando 9º.

VI. NUESTRO PLANTEAMIENTO: NO EXISTIÓ VULNERACIÓN AL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS RECURRENTES

Coincidimos en que el empresario no está autorizado para llevar a cabo –so pretexto de las facultades de vigilancia y control que el derecho a desarrollar actividades económicas le proporciona– intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad de sus empleados en la empresa en que laboran¹⁴. Lo que nosotros aquí sostendremos, coincidiendo con la sentencia de primera instancia, es que en el caso que comentamos nunca hubo tal injerencia. Añadiremos al respecto otros argumentos.

En efecto, la cuestión clave sobre la que versa el recurso y a la que procuraremos dar respuesta, es si se produjo una efectiva intromisión ilegítima al derecho a la intimidad de los operarios, que fueron enfocados e individualizados por las cámaras del circuito cerrado de televisión de la empresa recurrida, en los momentos en que instaban a otros trabajadores a un legítimo cese de actividades en protesta por el reciente despido de otros compañeros de trabajo. La sentencia de la Corte Suprema estimó que sí hubo invasión a la intimidad de los recurrentes, subrayando, entre otras, la noción que la concibe como “el derecho a ser dejado en paz, solo y tranquilo”¹⁵. En lo sustutivo, sostiene que “dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad, manifestándose ello en el deseo de (...) se mantenga en la esfera laboral y sindical las actividades realizadas por ellos, sin que en él se permita la intromisión de terceros”¹⁶.

Utilizaremos las mismas razones esgrimidas por el máximo tribunal, aunque para arribar a la conclusión contraria. Para ello seguiremos la ilación que la Corte de Puerto Montt empleó en su argumentación para afirmar que no hubo en la especie una ilegítima invasión en el derecho a la vida privada de los recurrentes. Luego, añadiremos otros argumentos a favor de nuestra tesis.

¹⁴ Sentencia Tribunal Constitucional español, 186/2000.

¹⁵ Sentencia Corte Suprema, Considerando 10º.

¹⁶ Sentencia Corte Suprema, Considerando 11º.

6.1 La naturaleza de la actividad desarrollada como factor predominante para determinar la existencia de injerencias en la intimidad

Es pacífico sostener que la intimidad constituye un ámbito o esfera que no se encuentra circunscrito por determinaciones de espacio, sino que primordialmente en función de la naturaleza de la actividad de que se trata. De este modo, se entienden conductas protegidas por la intimidad aquellas que se estiman de carácter personal y respecto de las cuales existe una razonable expectativa de que no sean conocidas o develadas a otros¹⁷. En consecuencia, cualquiera que sea la noción de intimidad a la que se adhiera, difícilmente puede bajo alguna de ellas, interpretarse a la vida privada como el derecho a no ser observado por otros en su lugar de trabajo, donde laboran más de 20 personas. Máxime, cuando esta actividad se entremezcla con el ejercicio de derechos sindicales cuya naturaleza pública resulta indudable.

Si el acceso visual sobre los recurrentes, obtenido a través de las cámaras de circuito cerrado, se hubiese mantenido sin solución de continuidad en el tiempo, se habría configurado una hipótesis de hostigamiento o acoso, que constituye una especie de intromisión ilegítima a la vida privada respecto de la cual vale la pena que nos detengamos un momento.

6.1.1 *El hostigamiento: un tipo peculiar de injerencia en la intimidad que no se produce en este caso*

La particularidad de este tipo de vulneración a la intimidad, es que se produce respecto de actividades que ordinariamente no se encuentran protegidas por tal derecho. De aceptarse esto, ¿cómo es posible afirmar que la vida privada puede ser violada, cuando la injerencia se produce respecto de hechos que no forman parte del contenido protegido por tal derecho? Lo anterior solo puede comprenderse bajo un aspecto originario del derecho a la intimidad concebido por WARREN Y BRANDEIS¹⁸ y desarrollado tanto por la

¹⁷ Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo en *Peck v. The United Kingdom*, 28 de marzo de 2003, en un caso sobre circuito cerrado de televisión con fines de seguridad pública, reconoce que sin perjuicio de que la vida privada "constituye un término amplio no susceptible de una definición exhaustiva", esta se identifica con ciertos elementos que pueden ser identificados como personales y con la expectativa de no ser difundido en aspectos que no es posible prever, en párrafos 57, 59 y 62.

¹⁸ WARREN y BRANDEIS (1890).

dogmática norteamericana como por el derecho comparado. En efecto, si el derecho a ser dejado a solas tuvo un sentido indubitable, ese fue *el derecho a no ser molestado*, entendido como el derecho a no ser hostigado ni acosado y, que aplicado a las particulares características del caso que comentamos, ha de ser traducido como el derecho a laborar con tranquilidad en una situación de normalidad.

Si bien la figura de hostigamiento no se encuentra generalmente contemplada como una modalidad de intromisión a la intimidad en los ordenamientos *infraconstitucionales* que protegen civil o penalmente aquel bien jurídico, sí estimamos que sacando provecho de la flexibilidad que el derecho constitucional brinda¹⁹ tal figura podría adoptarse por la jurisprudencia como una especie de injerencia ilegítima contra el derecho fundamental a la vida privada que se produce cuando una función legítima –periodística o de control– deviene en injusta por el uso exorbitante y abusivo de sus facultades. El empleo de estas resulta tan desproporcionada que termina por afectar la tranquilidad de una persona²⁰.

Vemos así que el resultado de hostigamiento se produce por la consumación de actos que, en sí mismos y por separado, no configuran una invasión a la intimidad, pero que reiterados en el tiempo (en el caso de varios actos) o por un tiempo ilimitado²¹ (en el caso de uno) generan una molestia de tal entidad que terminan por infringir el derecho a ser dejado en paz en situaciones de normalidad. Esto sucede cuando una persona es permanentemente acosada por la prensa en lugares públicos o de libre acceso al público y que no corresponden a ceremonias o actos públicos. De ello padeció Jacqueline Onassis (1973)²² y Carolina de Mónaco (2004)²³. La pri-

¹⁹ Cuando hablamos de la flexibilidad nos referimos a la libertad que ha de tener el tribunal que resuelve una acción de protección, al saber que no persigue imponer una sanción pecuniaria ni tampoco privativa de libertad, para prever y configurar ilícitos constitucionales que tutelen los derechos fundamentales.

²⁰ Una figura similar en el derecho de daños norteamericano corresponde al “tort of intentional infliction of emotional distress”.

²¹ Sentencia Tribunal Constitucional español, 186/2000, caso “Cámaras en el Economato de ENSIDES”. El tribunal sostuvo que el empleo de cámaras que grababan el movimiento en las cajas registradoras de la empresa resultó idóneo y necesario. Afirmó que, además, era equilibrado porque se ciñó a una zona de caja de la empresa y por un espacio de tiempo limitado.

²² Caso *Galella vs. Onassis*, 353 F. Supp. 196 S.D.N.Y. 1972, confirmado parcialmente por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, 487 F.2d 986 2nd Cir. 1973.

²³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Von Hannover v. Germany*, 24 de junio de 2004.

mera consiguió limitar exitosamente el acoso periodístico de un fotógrafo que la fotografió a ella y a sus dos hijos durante años; algunas de las conductas del *paparazzi* consistieron en sacar fotos a centímetros de la cara de Onassis o interceptar a John Kennedy Jr. mientras este se desplazaba en bicicleta. La princesa de Mónaco, por su parte, sufrió la persecución periodística cuando iba de compras, de paseo con sus hijos o a un restaurante con su novio.

Como se advierte en un caso y en otro, la invasión a la intimidad se produce por la reiteración de actos que considerados en sí mismos no constituyen invasión a la vida privada. Y es razonable que así sea, pues los derechos están pensados para la persona media, por lo que no toda molestia o incomodidad es siempre susceptible de ser considerada parte de la intimidad protegida. Y en el caso objeto de nuestro comentario sucede lo mismo: estimamos que el encuadre o acercamiento de una de las cámaras hacia aquellos operarios que instaban a una paralización de actividades no puede considerarse una intromisión en la vida privada, atendido el carácter transitorio de la aproximación visual.

6.2 El lugar en que el trabajo se lleva a cabo

Ya dijimos lo compartida que resulta ser la opinión de que, si bien el espacio físico incide en la valoración de lo que ha de ser resguardado por el derecho a la intimidad, no resulta un elemento tan definitorio como la naturaleza de la actividad que se desarrolla. Sin embargo, parece razonable que los ordenamientos jurídicos contemplen excepcionalmente casos en que la aproximación visual respecto de determinados lugares equivalga a una invasión en la intimidad, a menos que concurra una razón de interés público que justifique tal intromisión.

Por ello, es que resulta plausible que, en el particular contexto de una empresa, se estime atentatorio contra la vida privada de los trabajadores todo instrumento –humano o electrónico– a través de la cual sea posible acceder visualmente hasta sus lugares de aseo (baños o vestuarios), descanso (literas) o alimentación (comedor), por muy temporal o transitoria que resulte ser tal intrusión. Corresponde este tipo a aquellas esferas de la intimidad que quedan protegidas frente a todo asalto. Hay otras, en cambio, que sin formar parte del contenido protegido de la vida privada, pueden ser alcanzados por el brazo protector de este derecho como consecuencia

del abuso del derecho de control o vigilancia del empleador: ello ocurre cuando las facultades que el derecho a desarrollar actividades económicas es utilizado para hostigar a los empleados bajo su dependencia, cuestión acerca de la que ya nos pronunciamos.

6.2.1 *La captación de imágenes y sonidos de modo indiscriminado*

Junto con la protección de determinados espacios físicos, se ha entendido que vulnera la intimidad la captación y/o reproducción de imágenes y sonidos de modo indiscriminado. Por ejemplo, un trabajador que oficiaba de cajero en un casino de juegos en España demandó a la empresa por intromisión ilegítima en su intimidad. El Tribunal Constitucional español acogió la demanda por estimar que la finalidad de garantizar la seguridad del establecimiento de ocio, mediante el empleo de cámaras de circuito cerrado de televisión, no justificaba lesionar el derecho a la intimidad de los trabajadores cuyas conversaciones eran grabadas permanentemente²⁴. Se vuelve a subrayar aquí la relevancia que tiene distinguir la naturaleza de la actividad, así como el factor de temporalidad con que se produce la injerencia en la vida privada, e incluso la relevancia que ello tiene respecto de asuntos que no forman parte de tal derecho.

6.3 Argumento analógico: la cámara es hoy lo que para otrora era el supervisor laboral

Si los mismos resultados que se alegan, por los eventualmente afectados, se hubiesen producido con ocasión de la supervisión por parte de uno o varios trabajadores encargados de la vigilancia del establecimiento, del proceso productivo, de las instalaciones y de las personas que laboran en estas, a nadie se le habría ocurrido

²⁴ Sentencia Tribunal Constitucional Español, 98/2000. Caso “Micrófonos en el Casino de la Toja”. El proyecto de ley chileno sobre Protección Civil de la Intimidad expresa en su artículo 6º: “Se considerarán intromisiones ilegítimas: a) El emplazamiento o la utilización, en cualquier lugar, de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para captar, interceptar, grabar o reproducir conversaciones o comunicaciones de carácter privado; o apto para fotografiar, fotocopiar o reproducir documentos o instrumentos del mismo carácter; o para captar, grabar, filmar o fotografiar imágenes o hechos de carácter privado”. La letra d) señala que “La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro medio, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 7º”, que son los casos justificados de intromisión.

invocar la intromisión en el derecho a la intimidad de los trabajadores. En efecto, si en las mismas circunstancias –en lugar de las cámaras– hubiese existido uno o varios supervisores del proceso productivo, no sería sostenible que la denuncia de estos acerca de la identidad de quienes instaban a la paralización de actividades pudiera constituir una vulneración a la intimidad de los trabajadores individualizados.

Lo que antes era legítimamente observado mediante uno o varios ojos humanos no puede tornarse ilegítimo si ello hoy en día se realiza a través del empleo de ojos electrónicos. Tanto el instrumento humano como el electrónico pueden, sin duda alguna, vulnerar en ocasiones el derecho a la intimidad de las personas bajo su observación o vigilancia. Sin embargo, lo que sostenemos es que en la especie tal intromisión ni siquiera se produjo en el caso que comentamos. Lo que hay aquí es la sustitución de un soporte humano por otro electrónico.

Del mismo modo, como existiría una injerencia en la vida privada de los operarios en caso que el guardia o supervisor los espiara en sus lugares de aseo o de colación, tal se produciría igualmente si ello se hiciese a través de un circuito cerrado de televisión, aunque estuviesen a la vista y formasen parte del reglamento interno de la empresa. Por el contrario, ninguna vulneración sería sostenible si en caso de generarse una paralización de actividades, el supervisor o guardia hubiese seguido con su vista a los responsables del movimiento, con el solo fin de identificarlos, que es lo que se hizo a través de las cámaras.

VII. SÍNTESIS

Estimamos que no hubo en la especie vulneración alguna al derecho a la vida privada de los recurrentes. La legítima facultad de vigilancia y control de la empresa no recayó sobre (i) una actividad resguardada por la intimidad, así como tampoco invadió (ii) ciertos espacios físicos ni tuvo por objeto (iii) la captación de imágenes y sonidos de modo indiscriminado, reiterado o permanente, razón por lo cual pensamos que ha de excluirse la hipótesis de acoso u hostigamiento a la que nos hemos referido. Cualquiera que haya sido la aproximación visual sobre las personas observadas o vigiladas, que ella no pudo transformarse en una intromisión ilegítima a la intimidad si ello ocurrió transitoriamente y respecto de bienes que cierta-

mente no forman parte de la esfera sensible del derecho a la intimidad, que es lo que ocurrió en el caso en cuestión.

Así como resulta evidente que no puede exigirse al trabajador que abandone sus derechos en la puerta de entrada de la empresa al momento de iniciar la jornada laboral, del mismo modo creemos que tampoco puede sostenerse que cualquier acceso visual, cercano pero transitorio, importe una vulneración a sus derechos a la intimidad. Las cámaras de circuito cerrado de televisión, constituyeron, en definitiva, un mecanismo de vigilancia similar al que en otros tiempos emplearon el supervisor de la jornada laboral.

BIBLIOGRAFÍA

WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis (1890): "The Right to Privacy", 4 *Harvard Law Review*.

Sentencias del Derecho Comparado

Tribunal Constitucional español:

(186/2000): "Cámaras en el Economato de ENSIDESÁ"

(98/2000): "Micrófonos en el Casino de la Toja".

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

(2003): *Peck v. The United Kingdom*

(2004): *Von Hannover v. Germany*, 24 de junio de 2004.

Corte de Distrito de Nueva York, Estados Unidos:

(1972): Caso *Galella vs. Onnasis* (353 F. Supp. 196 S.D.N.Y), confirmado parcialmente por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, 487 F.2d 986 2nd Cir. 1973.

Libertad de enseñanza, jurisprudencia de protección y justicia constitucional

■ ■ ■

JOSÉ FRANCISCO GARCÍA GARCÍA

Coordinador Programa de Justicia, Libertad y Desarrollo

Profesor Facultades de Derecho, Universidad Católica de Chile y U. Adolfo Ibáñez

MARCELO BRUNET BRUCE

Profesor Facultades de Derecho, Universidad Católica de Chile,
U. Adolfo Ibáñez y U. Andrés Bello

RESUMEN

El presente trabajo analiza la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 8372-05, ratificada por la Corte Suprema (Rol N° 965-2006), en la que se rechaza un recurso de protección deducido por un apoderado en contra de un colegio particular, por expulsar a su hijo del mismo. Desde la mirada de la sociedad libre, los autores sostienen que este fallo va en la dirección correcta, en la medida que la libertad de enseñanza se ve fortalecida. Además, el comentario se hace cargo de analizar otras cuestiones jurídicas presentes en este debate, a saber, la igualdad ante la ley y cómo se operativiza en una sociedad libre; si es o no posible considerar la existencia de un derecho de propiedad sobre la calidad de alumno y las complejidades asociadas a ello; el debido proceso en las instituciones privadas; y el respeto al principio pacta sunt servanda. Sin embargo, desde la mirada de las políticas públicas judiciales, el comentario es más bien crítico, en la medida en que la sentencia comentada sirve como botón de muestra de un debate mucho más complejo: la existencia de una jurisprudencia constitucional entrampada frente al sentido de la acción de protección, lo que importa, en primer lugar y desde el punto de vista económico, el que el sistema no produzca los bienes públicos que requiere la sociedad y, en segundo lugar, que se utilice la acción de protección –dadas sus particulares características– como sustituto de recursos y procedimientos de otros ámbitos, en una suerte de forum-shopping de los litigantes. Finalmente, los autores plantean que si la comunidad jurídica está en la búsqueda de criterios explícitos ex ante para las partes litigantes en materia de admisibilidad de la acción de protección y estándares de prelación de las garantías constitucionales, pudiera pensarse este debate desde una óptica menos costosa para el sistema jurídico en términos de certeza jurídica y asignación óptima del recurso “justicia constitucional” mediante el uso de precedentes.

SUMARIO

I. Introducción. II. La Sentencia desde los principios de una sociedad libre. 2.1 Los hechos en *Craighouse*. 2.2 La sentencia: al césar lo que es del césar. III. La libertad de enseñanza y otras garantías en juego en *Craighouse*. 3.1 La libertad de enseñanza en la Constitución de 1980. Límites y jurisprudencia. 3.2 Otras garantías constitucionales presentes en el debate. IV. Naturaleza jurídica de la controversia: ¿constitucional o contractual? El principio de ser siervo de lo pactado como límite contractual. V. *Craighouse*, recurso de protección y jurisprudencia constitucional:

una mirada desde las políticas públicas judiciales. 5.1 Recurso de protección y jurisdicción constitucional. 5.2 ¿Cómo avanzar hacia la reconstitucionalización del recurso de protección? VI. Conclusiones. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN. ESCRIBIR 100 VECES: “NO DEBO BORRAR CON EL CODO EL CONTRATO QUE SUSCRIBO CON LA MANO”

Cuando creemos en una sociedad libre ¿creemos también que un colegio puede expulsar a un alumno de su establecimiento a mera voluntad? Es una pregunta en apariencia simple y con una respuesta, en principio, igualmente simple. Sin embargo, la realidad llena de colores y circunstancias genera grados de complejidad superiores, cuando se analizan las circunstancias que rodean tales hechos. Por ejemplo, ¿qué ocurre cuando el colegio ha sido claro en señalar que determinadas conductas o actitudes son consideradas como “inaceptables” o “contrarias al espíritu del colegio”? ¿Qué ocurre cuando la decisión de expulsar es más bien el fruto de un capricho que la voluntad recta de una autoridad razonable?

Todos estos conflictos, en apariencia de orden civil, en innumerables ocasiones son conocidos en sedes constitucionales, por la vía del recurso de protección. Como veremos, muchas veces se pretende por los recurrentes disfrazar de conflictos constitucionales trasgresiones de límites que, bien entendidos, podrían ser parte de “lo contratado” por las partes: en eso el viejo principio del derecho romano, *pacta sunt servanda* pareciera ser relevante para solucionar gran parte de estos eventuales problemas jurídicos.

En este sentido, el presente trabajo junto con valorar aquellos aspectos de la sentencia comentada (v.gr. el respeto a las garantías constitucionales de la libertad de enseñar, la de administrar libremente establecimientos educacionales y, en definitiva, el razonable derecho a la autonomía de la voluntad y el consecuente respeto debido a lo pactado); es a su vez crítico, en primer lugar, de la falta de un desarrollo jurisprudencial más sofisticado de las garantías que están en juego, cuestión que trasciende con mucho la sentencia comentada y que se inserta en un debate constitucional y de política pública mucho más complejo: la existencia de una jurisprudencia constitucional en materia de protección que parece entrampada frente al sentido de esta acción y que desde el punto de vista económico no parece estar produciendo los bienes públicos que requiere la sociedad y que son las que en definitiva justifican desde el

punto de vista social el que estos bienes públicos deban ser proveídos por el Estado –en este caso por los tribunales superiores de justicia– y financiado con cargo a rentas generales.

En segundo lugar, y estrechamente vinculado a lo anterior, es precisamente la naturaleza más bien contractual de la discusión analizada, la que sirve a su vez para mostrar cómo la jurisdicción constitucional, a través del recurso de protección, ha sido transformada crecientemente no en un foro de defensa y protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas, sino –y dadas las especiales características de la acción de protección– en un sustituto a los procedimientos y recursos ordinarios existentes en otros ámbitos, cuestión que se asemeja a la práctica del *forum-shopping*¹. En este sentido, la elección de los litigantes a favor de la protección –en contraposición al uso de recursos y procedimientos de otra especie– no evita el que una controversia de naturaleza jurídica más bien contractual se transforme en una de carácter constitucional así sin más, lo que distorsiona finalmente el sentido del recurso de protección (y su abuso por parte de los litigantes), el de la jurisdicción constitucional y en definitiva la asignación óptima del bien justicia.

II. LA SENTENCIA DESDE LOS PRINCIPIOS DE UNA SOCIEDAD LIBRE

2.1 Los hechos en *Craighouse*

El Colegio Británico Craighouse² tiene por objetivo académico, según detalla su definición institucional, crear, en conjunto con la familia, un ambiente educativo de compromiso con el alumno, de afectividad y de respeto por las personas; donde se busque la exce-

¹ Término del *common law* que consiste en la práctica de escoger la jurisdicción o tribunal más favorable para la presentación de un recurso o acción. Un demandante puede involucrarse en *forum-shopping*, por ejemplo, al presentar una demanda en una jurisdicción que ostenta la reputación de tener un jurado que sea particularmente generoso en demandas civiles o presentando diversas demandas y quedándose con la que corresponda a su juez o tribunal favorito. BLACK'S LAW DICTIONARY (2001) p. 291.

² El Craighouse es un colegio particular, coeducacional y bilingüe español e inglés, que comprende los niveles Preescolar, Básico y Medio, reconocido por el Ministerio de Educación como cooperador, mediante el Decreto N° 19.335, del 5 de diciembre de 1961. Fue fundado en 1959.

lencia con el propósito de que cada alumno pueda desarrollar sana y completamente su potencial.

Como parte de su Proyecto Educativo define que los alumnos son los principales protagonistas, esperándose de ellos, entre otros aspectos, que cumplan con un determinado perfil, dentro del cual se incluye,

“que se destaque por ser una persona confiable, honesta, perseverante y leal (...) que muestra respeto y cuidado por su propia persona y en esa forma se relaciona con sus pares (...) consciente de su responsabilidad personal ante la sociedad”³.

En virtud de aquello, el referido colegio decidió no renovar la matrícula a un alumno para el período escolar 2006, no obstante se había efectuado el pago de la matrícula de dicho año. La razón de la no renovación, consistió en la existencia de numerosas anotaciones negativas en la hoja de vida del estudiante en el año 2005, las cuales, para la Dirección de dicho establecimiento, alejaban al alumno en cuestión del modelo de perfil perseguido por el Colegio.

La parte afectada por la decisión presentó un recurso de protección. A juicio de la recurrente, ninguna de las múltiples faltas tenía la gravedad e importancia necesaria para adoptar una medida de tal magnitud, considerando que en años anteriores ocurrieron al interior del colegio dos hechos graves en los que estuvieron involucrados alumnos que, finalmente, no fueron sancionados. En vista de lo anterior, se alegó la afectación de la igualdad ante la ley por una medida considerada caprichosa, del derecho de propiedad de su calidad de alumno, del debido proceso y de la libertad de enseñanza, por cuanto se habría privado a los padres del derecho a elegir un establecimiento educacional.

Craighouse, en su informe de recurrido, señala que la decisión de no renovar la matrícula se adoptó debido a las constantes indisciplinas del menor a lo largo del tiempo en que ha sido alumno del colegio, las que se arrastran desde cuarto año básico en adelante. Jurídicamente, la lógica del colegio supone que al matricular al menor en el establecimiento, sus padres dieron por conocido y aceptaron íntegramente el reglamento del colegio, y por la lógica de lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil⁴, lo hicieron asimi-

³ Ver PROYECTO EDUCATIVO COLEGIO CRAIGHOUSE (2002).

⁴ “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

lando tal aceptación al rango de una ley. Por ende, no podrían legítimamente desconocer su aceptación respecto del proyecto educativo o del documento de disciplina del mismo. Sería injusto e improcedente, se argumentó, alegar desconocimiento de los mismos, de los procedimientos empleados o de la sanción aplicada.

La Corte de Apelaciones de Santiago⁵, y posteriormente la Corte Suprema⁶, fallaron negando lugar al recurso de protección. ¿Cómo fue que las Cortes decidieron, a nuestro juicio correctamente, privilegiar la libertad de enseñanza contra la pretensión de la recurrente? Como se verá, la libertad de enseñanza se verá fortalecida con esta sentencia –al igual, aunque de menor grado, que garantías envueltas en la discusión–. Ello fortalece la sociedad libre, sin embargo, ya desde el comienzo queremos ir desarrollando la idea de que este fortalecimiento nos parece más bien parcial, no tan solo porque el desarrollo de las garantías constitucionales es insuficiente (y con ello la jurisprudencia de protección deja de cumplir con su rol), sino porque, y como se analiza más adelante, pareciera que la controversia jurídica analizada se centra más bien en lo contractual que en lo constitucional, cuestión que además se infiere de la sentencia de la Corte de Apelaciones. Este último aspecto si bien está presente en *Craighouse* lo trasciende, y como se verá más adelante, refleja problemas más bien estructurales del recurso de protección (al menos en la forma en que se utiliza y aplica en la actualidad).

2.2 La Sentencia: Al César lo que es del César

En primer lugar, la sentencia analiza si el colegio tiene o no la facultad reglamentaria de sancionar, aun con la expulsión o la no renovación de la matrícula, a los alumnos que incurren en actos de indisciplina. La respuesta, a la luz de lo señalado en el fallo, es positiva, pues la sentenciadora constata que:

"En dicho reglamento se explicita tanto que la matrícula significa aceptación expresa de los objetivos educacionales, reglamentos, políticas y directrices que el colegio aplique en materia de estudios, disciplina, orden, etc.,

⁵ Rol N° 8372-2005, Corte de Apelaciones de Santiago. Pronunciada por los Ministros de la Novena Sala, presidida por el Ministro señor Juan Araya Elizalde y conformada por el Ministro señor Mauricio Silva Cancino y el Abogado Integrante señor Oscar Herrera Valdivia (voto en contra).

⁶ Rol N° 965-2006, Corte Suprema. Pronunciada por la Tercera Sala, integrada por los Ministros señores Ricardo Gálvez, Milton Juica, señorita María Antonia Morales y señor Adalis Oyarzún; y el Abogado Integrante señor José Fernández Richard.

como que su incumplimiento acarrea la aplicación del párrafo final, en donde se expresa que el colegio tiene derecho absoluto de rechazar cualquier matrícula, entre otras, por mala conducta”⁷.

Asimismo, concluyó que el proceder del colegio no fue dejar en la indefensión al alumno, pues

“La decisión del colegio en relación al alumno (...) fue la de no renovar su matrícula para el año 2006, lo que se comunicó a sus padres el 30 de noviembre y el 1º de diciembre (...). Señala el informe que esta medida permite que el alumno afectado termine su año lectivo normalmente, como ocurrió en este caso, porque no se interrumpen sus estudios”⁸.

Sin embargo, lo más importante de los antecedentes fácticos se encuentra en el considerando tercero: “a fojas 86 rola acompañado el reglamento suscrito por el apoderado del alumno antes mencionado”, en el que se deja claridad que los denominados “objetivos educacionales” son parte integral del proceso educativo y esenciales para el desarrollo del carácter y de la personalidad del niño: entre otros se encuentra, ciertamente, el comportamiento del alumno⁹.

De esta forma, la Corte reflexiona:

“quedó claro a estos jueces que la situación normativa del colegio había sido aceptada y era plenamente conocida tanto por el alumno como por su apoderado, en especial si se considera que los problemas que motivaron las distintas anotaciones en las cuales se fundó la aplicación de la medida de no renovarse la matrícula para el año lectivo 2006, no eran nuevos a juzgar por los antecedentes proporcionados por el colegio (...)”¹⁰.

Por consiguiente, prosiguen,

“no es posible seguir de los antecedentes allegados a los autos, que el colegio y sus autoridades hayan actuado arbitrariamente o en forma ilegal, pues no solo tienen facultades para adoptar la decisión comunicada, sino que las han ejercido a partir de datos objetivos y múltiples, lo que implica meditación en vez de irracionalidad o capricho”¹¹.

Por otra parte, de las alegaciones de la parte recurrente fluye un principio peligroso, que fue rechazado por la sentenciadora: al haber matriculado el padre al menor en el colegio para el período

⁷ Considerando segundo, Rol N° 8372-2005.

⁸ Ídem.

⁹ Se señala en el segundo considerando que las faltas al reglamento del menor expulsado consistieron en 7 observaciones, 11 faltas leves, 8 faltas graves, 2 gravísimas y 8 *detención*.

¹⁰ Considerando cuarto, Rol N° 8372-2005.

¹¹ Considerando quinto, Rol N° 8372-2005.

lectivo siguiente, ¿quedó incorporado inmediatamente en su patrimonio la calidad de alumno? Tal reflexión supone transitar por un camino complicado, pues de ser así el mero pago eliminaría toda sanción por la infracción.

Sin embargo, la Corte apreció de otro modo el asunto y sentenció que:

"en cuanto a la circunstancia de haberse pagado la matrícula correspondiente al año 2006, ello carece de la significación que le dan los recurrentes. Como se expresa en el informe, el reglamento suscrito por el apoderado expresamente señala que el colegio efectúa a fines de cada año el proceso de matrícula para conocer anticipadamente con qué dotación de alumnos cuenta para el año siguiente (Nº 10 del reglamento) y así poder disponer de las vacantes que se produzcan en los diferentes cursos y niveles. Y también contempla que la matrícula podrá ser devuelta únicamente en el caso que, por decisión de la dirección, el alumno no pueda continuar en el colegio.

Como tal fue la decisión tomada por el colegio, este debe devolver la matrícula, la que según se informa está a disposición del recurrente"¹² (los destacados son nuestros).

Finalmente, fluye del considerando cuarto lo que probablemente es uno de los aspectos más importantes de la cuestión debatida, y que se verá con mayor detalle más adelante en este artículo: este asunto no es propiamente una materia de jurisdicción constitucional, como la recurrente pretendió hacer ver. Al contrario, este asunto era más bien una reclamación de interpretación del reglamento, parte integrante del contrato. Al ser de conocimiento de las partes, como señala el considerando señalado "(...) queda claro a estos jueces que la situación normativa del colegio había sido aceptada y era plenamente conocida tanto por el alumno como por su apoderado". Así las cosas, la aplicación de medidas disciplinarias queda en este caso dentro del ámbito de lo pactado en virtud del contrato, esto es, dentro del ámbito de la autonomía contractual: por ende, las partes se hacen siervas de lo que acuerden, en virtud del artículo 1545 del Código Civil, y mal podría plantearse la arbitrariedad o ilegalidad de dicha medida, la cual era de conocimiento de los padres al matricular a su hijo en el establecimiento recurrido.

¹² Considerando séptimo, Rol Nº 8372-2005.

III. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y OTRAS GARANTÍAS EN JUEGO EN CRAIGHOUSE

3.1 La libertad de enseñanza en la Constitución de 1980. Límites y jurisprudencia

El considerando sexto de la sentencia analizada es bastante contundente, en el sentido de resolver este caso a favor del recurrido, en cuanto a que:

“(...) respecto de la libertad de enseñanza, la doctrina ha entendido que posibilita la apertura, organización y mantención de establecimientos educacionales, y por lo tanto, comprende el derecho de quienes imparten conocimientos, no siendo este el caso de los recurrentes. En lo que hace al inciso 4º del N° 11 del artículo 19 de la Constitución, cierto es que los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, pero este no es un derecho absoluto y debe estarse al cumplimiento de los reglamentos del colegio o establecimiento en su caso (...)”¹³.

Lo anterior es consecuencia evidente de un principio liberal en lo contractual, a saber, la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, en la medida en que fueron los propios padres del menor quienes escogieron, solo que por los motivos ya señalados no le fue reconocida la matrícula al alumno,

“lo que no contradice en nada a la Constitución, porque en la libertad de enseñanza está comprendida la facultad de establecer los principios orientadores del establecimiento, su organización y disciplina, con las limitaciones que imponen la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional, lo que no hace el caso”¹⁴

Como es sabido, el artículo 19 N° 11 de la Carta Fundamental consagra la libertad de enseñanza. Esta libertad es, a diferencia del derecho a la educación con el cual suele confundirse¹⁵, una prerrogativa individual que favorece a los intereses de quien enseña. Así, la Carta asegura a todas las personas “el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”.

¹³ Considerando sexto, Rol N° 8372-2005

¹⁴ Considerando sexto, Rol N° 8372-2005.

¹⁵ Desde que en Chile se asegura la libertad de enseñanza, esto es desde agosto de 1874, las Constituciones nacionales, exceptuando la vigente de 1980, confundieron educación y enseñanza. Por vía de ejemplo, la de 1925 señalaba en su primer inciso la protección de la “libertad de enseñanza” y el inciso siguiente garantizaba, como un mismo objeto jurídico, “la educación pública” como “una atención preferente del Estado”.

Podemos conceptualizarla como aquella libertad para poder transmitir conocimientos, información o formación, ya sea de una manera sistemática o formal, o en forma no sistemática e informal. Implica, además, establecer libremente que se va a enseñar. Obviamente, la garantía en comento es el centro de la discusión jurídica de la sentencia analizada¹⁶.

El inciso primero del artículo 19 N° 11 enuncia los derechos que abarca la libertad de enseñanza. Ellos son los de abrir, fundar o establecer; organizar, dirigir o regir; y mantener, desarrollar o cerrar establecimientos educacionales. Agregamos que tales derechos pueden ser ejercidos respecto de establecimientos de cualquier nivel, es decir, parvulario, básico, medio y superior, con las subdivisiones que caben en la enseñanza media y en la de nivel superior¹⁷.

El contenido de la garantía es, ciertamente, libertario. Como señala VÉLEZ DE LA CALLE, "Ni las más fuertes dictaduras, ni las más demográficas democracias lograron acallar las diferencias y en los momentos de inestabilidad y crisis societario, las periferias, las minorías, las microculturas, volvieron y aparecieron en el escenario nacional e internacional, mostrando su indignación en una catarsis social que reclama la reconciliación entre nación unificada y cultura diversa"¹⁸. Y es precisamente esa diversidad y autonomía respecto del poder estatal lo que se pretende restringir con la garantía de esta libertad, pues no debemos olvidar, como señala CORREA, que "La libertad de enseñanza es, según se ha dicho, libertad contra el Estado. No es libertad del Estado. El Estado no tiene libertad de enseñanza"¹⁹, por lo que el ente a restringir no es el sostenedor, sino el Estado.

En nuestro medio existe, desde la mitad del siglo XIX, un férreo compromiso con la libertad docente y de administración de establecimientos educacionales²⁰. Los límites que se concibieron original-

¹⁶ Puede discutirse, como pretendió la recurrente, que el fondo del tema sea la protección del derecho de propiedad de la calidad de estudiante o la propietarización de la educación.

¹⁷ CEA (2004) p. 339.

¹⁸ VÉLEZ DE LA CALLE (2004).

¹⁹ CORREA (2006).

²⁰ El Presidente Balmaceda —a quien nadie podría acusar de conservador o neoliberal— señalaba en su célebre mensaje suscrito por el Ministro Bañados que "*la acción pública debe extenderse a ejercer sobre la enseñanza particular la fiscalización en cuanto a los exámenes de los que aspiran a un grado universitario, dejando a los que no persiguen este propósito en la más amplia libertad*". Citado en QUINZIO FIGUEIREDO (2004) p. 215.

mente para ella, se refieren, más bien, a impedir que cualquier enseñanza pudiere constituirse en título universitario o permitiese ejercer determinadas profesiones como la de médico o abogado. Sin embargo, en lo demás, en lo que debe enmarcarse la discusión respecto de la capacidad de fundar, mantener y administrar establecimientos de enseñanza básica, media o superior, como destaca ANDRADE, “existe la más amplia libertad de enseñanza”²¹.

Esta perspectiva tradicional respecto de la libertad de enseñanza se vio incrementada en la Carta de 1980, puesto que esta protege el rol de los encargados de dar y administrar la entrega de enseñanza, garantizándola como un derecho *stricto sensu*²². Así consta de las actas de la CENC, en la que el Comisionado Jaime Guzmán señalaba que

“la libertad de enseñanza, desde el punto de vista de la educación regular, se otorga a los padres de familia o a quienes abran establecimientos educacionales, pero no a los educandos. Estos, si son mayores de edad, o los padres de familia, si son menores y ejercen tuición sobre ellos, lo que hacen libremente es escoger entre los muchos establecimientos educacionales. Pero si a determinado grupo de educandos no les gustan determinadas exigencias del establecimiento en que se les imparte la enseñanza, se van a otro. Por cierto que no son ellos los titulares de la libertad de enseñanza en un establecimiento educacional, sino los asignatarios o dueños –por llamarlos así– del establecimiento educacional de que se trata”²³.

Dogmáticamente, creemos que la libertad de enseñanza es una de aquellas garantías que pueden agruparse en al menos dos perspectivas: una primera, como destaca CORREA, como “un derecho de los particulares frente al Estado. En otras palabras, la libertad de enseñanza es la constitución jurídica del interés de los particulares en enseñar lo que quieran y como quieran, sin que el Estado pueda legítimamente impedirlo”²⁴.

Otra segunda la incluye como una parte del orden público económico, toda vez que los requisitos para su concreción y sus límites

²¹ ANDRADE (1971) p. 232.

²² Tales son las facultades que para que su titular pueda ejercerlas solo se requiere que un tercero, sea este particular o Autoridad, no se lo impida o coarte ilegal o arbitrariamente. Son derechos que le son exigibles al Estado siempre y a todo evento. En contraposición a ellos existen los derechos *lato sensu* o meras expectativas sociales, que son aquellos derechos o garantías que dependen de la capacidad económica de la Sociedad.

²³ COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN, sesión 142, p. 23.

²⁴ CORREA (2006).

son los mismos que los que la Carta Fundamental considera para la Libertad de Empresa, del artículo 19 N° 21. Este es un derecho consustancial al régimen de libertad que asume la Constitución de 1980 –directamente vinculado con la libertad de asociación del artículo 19 N° 15 de la Constitución-. Creemos apreciar que se cimenta este numeral en uno de los pilares de la libertad social que pretende garantizar el Constituyente, que es el Derecho a desarrollar cualquier actividad económica sin otra limitación que aquellas que establece la Carta. La libertad de emprender proyectos educativos contenida en este artículo 19 N° 11 pero también en el 19 N° 21 mira a la actividad de enseñanza como una forma de ejercicio de la capacidad emprendedora del individuo, entendida como un conjunto de recursos humanos y materiales aplicados al desarrollo de una actividad lucrativa y que no está exenta de riesgos.

Desde el punto de vista de las limitaciones a la libertad de enseñanza, una primera aproximación a esta respuesta nos obliga a recordar que el marco de las libertades de la Carta de 1980 es amplio, por lo que sus excepciones deben ser consideradas con criterios restrictivos. El artículo 19 N° 11 consagra ciertos límites básicos a este derecho. La libertad de enseñanza solo propone límites adicionales a aquellos establecimientos educacionales que pretenden reconocimiento oficial del Estado²⁵.

Entre los límites a esta libertad se encuentra: la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. El legislador establece qué vulnera estos valores y en última instancia es materia de resolución del juez determinar su trasgresión²⁶. El quinto límite para la enseñanza reconocida por el Estado, es que no puede ori-

²⁵ Destaca CORREA (2006) que “Esto es algo que también está reconocido por la propia Constitución Política, solo que en este caso existe una garantía extraordinaria para dicha libertad. Esta consiste en la exigencia de que los requisitos para el reconocimiento oficial sean establecidos mediante una ley que sea aprobada por a lo menos cuatro séptimos de los diputados y senadores en ejercicio (“ley orgánica constitucional”). Considerando la representación parlamentaria que resulta del sistema binominal mayoritario, esta garantía equivale a exigir acuerdo entre el gobierno y al menos parte de la oposición”.

²⁶ A nuestro juicio, y relacionado con el tema en comento, implícitamente se contiene en el artículo 19 N° 11 la *libertad de cátedra* consustancial a los establecimientos de enseñanza básica, media y superior. Para nosotros, esta consiste en la exención de trabas que ha de tener todo profesor para investigar, exponer y transmitir el saber científico mediante la lección, seminarios, conferencias, escritos, etc. Es el derecho a ejercer la docencia, en el ámbito de la Educación Superior, con absoluta libertad, es decir, es la libertad de enseñar y debatir sin verse limitado por doctrinas instituidas.

tarse a propagar una doctrina política partidista, no obstante que se pueden discutir tendencias políticas, pues el texto constitucional señala a su respecto que “La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional” y que “La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna”.

Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE) establece límites complementarios a la función del fundador o sostenedor de un establecimiento de enseñanza. Así, el artículo 1º de dicha Ley Orgánica Constitucional fija los “requisitos mínimos que deberán cumplir los niveles de enseñanza básica y enseñanza media, y asimismo regula el deber del Estado de velar por su cumplimiento. Del mismo modo norma el proceso de reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel”. De esta manera, la libertad de contenidos educativos se ve restringida por los denominados “contenidos mínimos” impuestos por la LOCE y las normas administrativas del Ministerio de Educación. Sin embargo, ninguno de ellos hace alusión a la disciplina.

¿Puede la Ley o la Jurisprudencia imponer nuevas limitaciones a la libertad de enseñanza? La respuesta debería ser claramente, a la luz de lo ya estudiado, por la negativa. Ello, por cuanto el que presta enseñanza tiene derecho a delimitar cómo la presta, con tal que no transgreda los límites básicos ya expuestos²⁷. En este sentido, el fallo parece apuntar en la dirección correcta, pues no impone más requisitos al establecimiento de enseñanza que los que la Constitución y la Ley franquean.

En este mismo sentido lo aprecia parte importante de la Jurisprudencia, según parece confirmarse del fallo del Tribunal Constitucional que afirma que “no debe olvidarse que hoy se acepta universalmen-

²⁷ Desafortunadamente no siempre las Cortes lo entienden de esta manera, lo que destaca el valor del fallo en comento. Particularmente grave fue la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago en “*Delgado con Colegio*”. El recurrido no era un establecimiento educacional perteneciente al Estado, de manera que solo está obligado por la legislación, no por los derechos fundamentales. La Corte de Apelaciones hizo un examen del reglamento del establecimiento educacional y concluyó que no se habían aplicado los procedimientos disciplinarios que dicho reglamento establecía. Este examen no es algo que corresponda en una acción constitucional. Los derechos fundamentales no están para que las cortes de apelaciones y la Corte Suprema se conviertan en paneles de revisión de medidas disciplinarias conforme a los estándares disciplinarios establecidos por todo tipo de asociaciones. CORREA (2004) pp. 585-586.

te que la gran garantía de los derechos fundamentales es la Constitución Política, de manera que la violación de la misma viene a significar, en último término, la desprotección de los derechos”²⁸.

Ello es de sentido común si se aplica a la garantía fundamental analizada en *Craighouse*: si bien nuestra Constitución faculta al Estado para imponer límites, programas y planes de estudio, lo hace con una demarcación infranqueable: no puede ir, en materia de autogobierno más allá de los contenidos mínimos obligatorios, asumiendo que estos efectivamente sean mínimos. Y no podría ser de otra manera, la garantía del sistema de la libertad de enseñanza, cuyo contenido esencial comprende el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos de enseñanza, supone naturalmente la libertad de enseñanza.

El derecho de impartir conocimientos, el de abrir establecimientos educacionales, organizando su vida administrativa y docente, debe ser practicado en forma libre por su autor. De lo contrario, como se pregunta COVARRUBIAS, “¿Qué sentido puede tener abrir un establecimiento si no puedo organizarlo ni mantenerlo conforme a mi modo particular de ver la educación?”²⁹.

Cuestión diferente pero necesaria para entender el asunto de fondo es la del límite al derecho a escoger un establecimiento por parte de los padres en conflicto con la libertad del colegio de recibirlos o no como alumnos por parte de aquel establecimiento. En efecto, también la jurisprudencia se ha pronunciado a favor de los establecimientos:

“Que si bien los padres pueden elegir el Colegio donde deseen que sus hijos estudien, tal garantía constitucional tiene como contrapartida el derecho de los colegios de aceptar o no a quienes pretenden integrarse a los mismos o continuar sus estudios, ello de acuerdo a la reglamentación de los establecimientos educacionales y a la observancia de sus normas y principios”³⁰.

Respecto a la libertad de enseñanza y las normas internas que impongan los establecimientos educacionales a sus alumnos, la Corte

²⁸ Considerando 93 de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 346-2002, referente a requerimiento formulado por diversos diputados con el objeto de que el Tribunal declarare la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

²⁹ COVARRUBIAS (2002).

³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago (25 de febrero de 1987). Ver LXXXIV *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 2º P.S.V p. 174.

Suprema ha fallado:

“Que es también evidente que las prohibiciones establecidas por el colegio (...) pueden no ser del agrado ni merecer la aprobación de la unanimidad de los padres de familia y que, incluso, algunos consideren que tales medidas son anticuadas o puritanas o atentatorias a la libre expresión de los alumnos; pero sin duda otra porción, grande o pequeña, de los apoderados sí las aprueban, las califiquen de un modo diferente e incluso pueden figurar en los factores que han considerado para elegir colegio para sus hijos. La posición de unos y otros puede ser igualmente respetable. De ahí la importancia fundamental de la libertad de enseñanza, que permite que haya establecimientos educacionales con principios diferentes, siempre que no se contravengan las limitaciones ya enunciadas. Que en virtud de esta libertad, plenamente ejercida, pueden los establecimientos educacionales imponer normas de presentación personal y de conducta para sus alumnos, las que se encuentran naturalmente inspiradas en sus propósitos de enseñanza, formativos y valorativos, que pretenden transmitir a sus educados”³¹.

Se ha aclarado también que el derecho a la educación se encuentra al margen de ser tutelado por el recurso de protección y que la libertad de enseñanza se halla consagrada no a favor del educando, sino que en beneficio de quien la imparte u otorga. Si los apoderados no comparten los criterios pedagógicos del establecimiento recurrido, entonces no debieron haber matriculado a sus pupilos en él, ya que hacerlo implicaba aceptar el compromiso educativo pastoral que se contiene en cada ficha de ingreso³².

Asimismo, en el sentido libertario de la “libertad de empresa de enseñanza”, la jurisprudencia ha sostenido que no se puede considerar vulneradas las garantías invocadas en el recurso por cuanto, el ejercicio del derecho de los padres a escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, supone admitir las limitaciones que cada entidad contempla de acuerdo con la Constitución y las leyes³³. De un contenido semejante es la resolución que acogió un recurso de protección cuando de los antecedentes aparece que el establecimiento educacional, al adoptar la medida de cancelación de la matrícula del alumno, se apartó claramente de lo prescrito en el

³¹ Considerandos 11 y 12, Corte Suprema Rol N° 2132-98 (30 de septiembre de 1998).

³² Corte Suprema (12 de marzo de 1996). Ver *Gaceta Jurídica* N° 189 (1997) pp. 44 y ss.

³³ Corte Suprema (18 de febrero de 1998). Ver *Gaceta Jurídica* N° 212 (1999), pp. 123 y ss.

reglamento, afectando con ello el patrimonio de su familia o incurriendo en una diferencia arbitraria³⁴.

Por otra parte, la jurisprudencia ha sostenido que le asiste a los establecimientos de enseñanza el derecho de aceptar o rechazar la matrícula de un educando, no siendo ilegal o arbitraria la denegación de matrícula que se basa en el incumplimiento de normas reglamentarias de disciplina, incumplimiento de obligaciones y mal rendimiento escolar por parte de los alumnos o sus apoderados. Por amplia que sea la libertad de enseñanza, el establecimiento educacional particular tiene la facultad para establecer los requisitos que estime pertinentes con el fin de acceder a cada uno de los niveles de enseñanza, no solo en caso que la permanencia de un alumno resulte insostenible por causar grave daño al colegio y a sus compañeros³⁵.

A mayor abundamiento, puntualizamos que, en ciertos casos, la expulsión de los alumnos de un establecimiento educacional no puede ser considerada como ilegal o arbitraria. Así ocurre, por ejemplo, con la apropiación de temarios de pruebas a rendir, pues configura una falta grave, la cual amerita la sanción disciplinaria impuesta y que consiste en la caducidad de la matrícula³⁶. También destaca lo declarado por la jurisprudencia en cuanto a que la calidad de estudiante no le otorga al alumno un derecho adquirido sobre la misma³⁷.

En definitiva, la cuestión a determinar es si existen límites extra-constitucionales a los controles disciplinarios de los establecimientos educacionales y si ellos son materia de recurso de protección, es una cuestión relacionada íntimamente con el derecho de asociación. Los establecimientos educacionales son asociaciones para la satisfacción de fines colectivos y, como tales, necesitan controlar la disciplina. En *Belmar con Liceo*³⁸ la Corte Suprema revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en el sentido que la medida de suspensión de una alumna regular en razón de indisciplina, infringía el derecho constitucional de los padres a escoger el estable-

³⁴ Así ha sido sostenido en las sentencias de la Corte Suprema de fechas: 25 de mayo de 1992, 18 de marzo de 1998, 11 de agosto de 1997 y 18 de noviembre de 1997.

³⁵ Así lo ha resuelto la Corte Suprema en los tres fallos siguientes: 24 de marzo de 1993, 23 de enero 1995 y 30 de enero de 1998.

³⁶ Corte Suprema (24 de junio de 1997). Ver *Gaceta Jurídica* N° 204 (1998) pp. 62 y ss.

³⁷ Al tenor de lo decidido por la Corte Suprema (1 de julio de 1997).

³⁸ Sentencia Rol N° 658-03 (26 de febrero de 2003).

cimiento de enseñanza para sus hijos (artículo 19 N° 11 inciso cuarto). Tuvo para ello presente exclusivamente las razones del voto de minoría, esto es, que consta la indisciplina de la alumna suspendida, que la calidad de alumna es transitoria y que el establecimiento educacional tiene derecho a sancionar la indisciplina y el mal rendimiento escolar. En *Delgado con Colegio*³⁹ la corte revocó a la Corte de Apelaciones de Santiago y desestimó que la medida de no renovar la matrícula de una alumna por razones disciplinarias constituyera infracción de la libertad de enseñanza. En particular, respecto del derecho de los padres a elegir el establecimiento de enseñanza para sus hijos, la Corte afirmó que: “resulta evidente que la referida garantía impide que una autoridad ajena a los padres imponga a los alumnos un determinado establecimiento educacional”.

3.2 Otras garantías constitucionales presentes en el debate

3.2.1 Igualdad de trato

Respecto del argumento del recurrente en cuanto a que se habría visto violada la igualdad ante la ley con la decisión del colegio de expulsar al menor, acción que reflejaría una clara discriminación en su contra, fundada en la voluntad caprichosa de los responsables del colegio recurrido quienes adoptaron una decisión carente de razonabilidad; la Corte sostiene, a nuestro juicio correctamente, que:

“no existen antecedentes de que puesto en una misma situación o, al menos, análoga, el colegio haya procedido de una forma que signifique discriminación arbitraria. Aunque este procedimiento es para indagar o examinar la eventual ilegalidad o arbitrariedad del acto concretamente impugnado en este recurso y no la de diferentes actos ocurridos en distintos tiempos y circunstancias, lo cierto es que en relación con el episodio de sustracción de una prueba –referida en el recurso– el informe señala que el rector se inhabilitó para conducir la investigación del caso, en la que podía estar involucrado su hijo, y que la comisión designada aplicó las sanciones correspondientes: a un alumno se le canceló la matrícula, a otro no se le renovó, a 7 se les dejó con matrícula condicional y 3 alumnos debieron rendir de nuevo la prueba”⁴⁰.

³⁹ Sentencia Rol N° 894-03 (8 de abril de 2003).

⁴⁰ Considerando sexto, Rol N° 965-2006.

Desde un punto de vista dogmático, la igualdad ante la ley en nuestro ordenamiento está referida al plano jurídico, pues la Carta no garantiza la igualdad material o fáctica⁴¹: de esta forma no se establece una igualdad de bienes, igualdad de servicios, igualdad de ingresos, etc. sino un igual trato a personas en iguales circunstancias objetivas. Se garantiza, pues, una igualdad ante el derecho, ante las normas del ordenamiento jurídico. En materia de igualdad de trato, en su vertiente económica, FERMANDOIS estima que sería discriminación (económica) arbitraria “aquella acción del Estado que confiere beneficios o impone gravámenes, apreciables en dinero, a grupos de sujetos incorrectamente agrupados en relación al fin de la norma, por efecto de una deficiente apreciación de los elementos esenciales que los vinculan”⁴².

Lo que se prohíbe en la Carta de 1980, según la Comisión Ortúzar, son las discriminaciones arbitrarias, vale decir, contrarias a la justicia, razón o bien común. Definir qué es una discriminación arbitraria siempre es cosa compleja⁴³. Es relevante saber en qué consiste dicho parámetro, criterio o regla. Citando a BANDEIRA DE MELLO, el criterio de justicia referida a la igualdad consiste en “tratar en forma igual a los iguales y desigualmente a los desiguales”⁴⁴, pero ello nos obliga a determinar cuándo las personas, que son en esencia iguales y en accidentes desiguales, están en un rango de igualdad jurídica.

Ello implica que las discriminaciones son permitidas por el ordenamiento jurídico, con tal que ellas no sean arbitrarias: esto implica que ellas no puedan ser contrarias a la razón, al criterio común, a la lógica. Como señala PETERS, “si nosotros tratamos a las personas “igualmente”, no necesariamente las trataremos “correctamente”⁴⁵.

En materia de enseñanza, como señalamos precedentemente, la discriminación arbitraria es una prohibición ante el ejercicio de la enseñanza. No es aceptable ni permisible, y por ende no se encuentra dentro de las áreas de protección de dicha libertad. Toda discriminación en materia de enseñanza debe ser fundada en un trato de justicia, de razón, y debe considerar al afectado frente personas esencialmente iguales frente a circunstancias objetivas.

⁴¹ SILVA BASCUÑÁN y SILVA (2004) p. 366.

⁴² FERMANDOIS (2001) p. 8.

⁴³ CALVES (1998) p. 18. En efecto, el estudio de jurisprudencia relativa a la *affirmative action* efectuado por la autora concluye que la Corte Suprema americana no consiguió apoyarse sobre un criterio coherente, objetivo y jurídicamente fundado para distinguir entre discriminaciones legítimas e ilegítimas.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO (1978).

⁴⁵ PETERS citado en FERMANDOIS (2001) p. 196.

De este modo, los requisitos o beneficios frente a la enseñanza deben ser los mismos para alumnos que se encuentren realizando *operaciones similares*: la misma norma o razón debe regular a quienes están ubicados en la misma disposición o situación objetiva. De este modo, será arbitrariamente discriminatoria la norma o acción que imponga requisitos distintos a personas objetivamente iguales. La determinación de dicha objetividad está referida a la *proporcionalidad de medio*⁴⁶, cuyo criterio de determinación consiste en el análisis del elemento esencial de la relación de igualdad.

3.2.2 El debido proceso en las instituciones privadas

La parte recurrente en *Craighouse* sostiene que dicho establecimiento pasó a llevar la garantía del debido proceso, por cuanto la decisión impugnada fue tomada unilateralmente por la recurrida excediendo el margen de su discrecionalidad. En esta materia, lamentablemente la Corte respondió con un escueto “respecto del debido proceso, el artículo 20 de la Constitución no lo contempla”, y es lamentable porque la Corte podría haberse referido a un tema tan controvertido como lo es el debido proceso en las instituciones privadas y en la que la sociedad necesita de luces desde la jurisprudencia. Desde la doctrina, son pocos los esfuerzos específicos para analizar el tema⁴⁷.

El debido proceso legal es una institución de origen y desarrollo anglosajón. Su origen data del *due process of law*⁴⁸ del modelo anglosajón y se traduce en nuestro medio jurídico en que nadie

⁴⁶ FERMANDOIS (2001) p. 262.

⁴⁷ Destaca el trabajo FERMANDOIS (1998).

⁴⁸ Un interesante trabajo de VILLAGRA (2005) sostiene que este principio deriva de la expresión *due process of law*, que es variación contenida en la Carta Magna de 1215 de *per legem terrae, by the law of the land*. Se ha considerado como hito esta fecha dado que es en la Carta Magna de 1215 que el debido proceso de ley adquiere la significación de ser de orden político. Es el *due process of law* una derivación de aquellos porque se entiende que “la ley de la tierra” es la ley pre establecida y que, de acuerdo a ello, el individuo ajusta su estilo de vida y, además, será por medio de aquella ley que se castigará y juzgará si no lo respeta. El concepto de *due process of law* ya nos indica que no tiene solo un carácter adjetivo, sino que también consagra un lado sustantivo o material, al contrario de sus afines. Ella fue acogida en las Constituciones previas a la Federal de Estados Unidos, siendo algunas de ellas como la de Maryland, Pennsylvania y Massachusetts que la consagraron como tal. Será en las futuras enmiendas V y XIV en las que se recogerá dicho principio y derecho a la vez. Se ha señalado que entre *the law of the land* y *due process of law* se pasa de los específicamente procesal a lo eminentemente genérico.

podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por esta con anterioridad a la perpetración del hecho, que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y que corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Por consecuencia de ello se encuentran prohibidas las comisiones especiales para juzgar. Como señala FERNÁNDEZ, “la doctrina, seguida por la jurisprudencia, ha señalado que comisión especial es la que, de modo individual o colectivo, se arroga la facultad de tribunal sin serlo, ejerciendo de hecho la jurisdicción que la Constitución reserva a los órganos imparciales e independientes creados con carácter permanente por la ley. Conforme a dicha definición, menester resulta consignar que la locución tribunal empleada por la Constitución debe comprenderse en sentido amplio, esto es, como sinónimo de órgano jurisdiccional y no reducida al órgano judicial, incluyéndose, entonces, los órganos que ejercen jurisdicción doméstica”⁴⁹.

Un establecimiento de enseñanza, en consecuencia, no debe jamás transgredir el principio de juzgamiento justo: no debe conferirse a sí mismo atribuciones jurisdiccionales que no posee ni tampoco sancionar sin respetar las lógicas del debido proceso legal: notificación de la demanda, término de emplazamiento, posibilidad de efectuar alegaciones y hacer pruebas y, finalmente, posibilidad de interponer recursos en contra de las decisiones adoptadas⁵⁰.

3.2.3 ¿Hay límites especiales en materia disciplinaria en la enseñanza?

Las normas ya mencionadas, y la reiterada jurisprudencia nacional en la materia, parecieran señalar que no los hay. En efecto, según el interesante análisis jurisprudencial efectuado por VERGARA SASSARINI, “la libertad de enseñanza, en la jurisprudencia, ha estado vincu-

⁴⁹ FERNÁNDEZ (2003).

⁵⁰ Sin perjuicio de lo dicho precedentemente, la alusión de la sentencia respecto de la garantía del debido proceso es bastante draconiana: el considerando sexto de la sentencia señala que “respecto del debido proceso, el artículo 20 de la Constitución no lo contempla”, razón por la que no habría mérito siquiera de alegar tal garantía ante estrados por la vía de la protección.

lada principalmente a aquellos particulares que buscan la protección de su rol de sostenedores de colegios en aquellos casos en los cuales se les ha perturbado el desarrollo de esta labor por actos de la autoridad o bien por actos de otros particulares”⁵¹.

Así, como sentenció la Corte de Apelaciones de Valdivia la libertad de enseñanza implica “*la facultad de establecer los requisitos que estime pertinentes para acceder a cada uno de los niveles de enseñanza que imparte y según los cupos de que realmente disponga*”⁵².

Como reconoce FERNÁNDEZ, en cuanto al contenido del derecho, los titulares poseen dentro de las múltiples facultades de funcionamiento, las de establecer sus finalidades y determinar sus objetivos perseguidos con la actividad educativa que desarrolla, determinar los métodos, metodologías o instrumentos de aprendizaje que decida emplear para el logro de los objetivos académicos propuestos, disponer la estructura u organización interna de la entidad, particularmente en lo que se refiere al régimen de dirección del establecimiento. En consecuencia, para ello, es libre cada establecimiento para “estipular las reglas internas relativas al orden de quienes forman parte del cuerpo de docentes, profesionales y administrativos que desempeñan sus labores en la institución educativa” y, lo más relevante en nuestro análisis, “estatuir las normas sobre disciplina que sirven para regular la convivencia interna aplicable a los docentes, profesionales, administrativos y alumnos”⁵³.

Se desprende de aquello que la libertad de enseñanza, vista desde la perspectiva de quien la proporciona, no tiene más límites en su acción disciplinaria que la que las reglas comunes de derecho establecen –el respeto a la igualdad y seguir un justo y racional proceso en caso de sancionar– y los propios de la garantía constitucional ya referida, pero en lo demás existe plena libertad para reprobar y sancionar todo aquello que se aleje del proyecto educativo del establecimiento.

No podría, pues, considerarse que un límite a dicha libertad sea la libertad de elegir establecimientos educacionales que la Carta ga-

⁵¹ VERGARA (2006) pp. 62 y ss.

⁵² En sentencia Rol N° 296-01 caratulado “*Lara Roloff Francisco con Instituto Alemán Carlos Anwandter de Valdivia*”. En este mismo sentido se han pronunciado la Corte de Apelaciones de Rancagua (23 de octubre de 2000) y la de Santiago, en este último caso a propósito de la facultad de los establecimientos educacionales de establecer normas relativas al básico rendimiento escolar exigido (Rol N° 1667-02).

⁵³ FERNÁNDEZ (2005) p. 23.

rantiza a los padres. Así, correctamente, lo entiende el fallo, toda vez que en la parte pertinente señala que “cierto es que los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, pero este *no es un derecho absoluto y debe estarse al cumplimiento de los reglamentos del colegio o establecimiento en su caso*”⁵⁴ (los destacados son nuestros).

3.2.4 La existencia de un derecho de propiedad sobre la calidad de alumno

Exploraremos este asunto, de interés jurídico, toda vez que si bien el voto de mayoría no emite pronunciamiento sobre la materia, sí lo hace el voto de minoría. En efecto, este señala que

“aparece de manifiesto hollada la garantía constitucional del “derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales” (artículo 19 Nº 24 inciso 1º de la Constitución Política de la República). Es así como se ha visto vulnerado el derecho de propiedad del recurrente sobre otro derecho intangible como lo es el derecho a la educación, esto es la facultad de acceso al saber, a la instrucción y a la formación necesaria en las distintas etapas de la vida, para que la persona pueda lograr su desarrollo y ser útil a la sociedad. No es de extrañar que el dominio se ejerza sobre otro derecho. Parafraseando al Código de Bello “el usufructuario es dueño de su derecho de usufructo”, de manera que es perfectamente posible atentar contra el derecho de propiedad ejercido sobre el derecho a la educación, que por lo demás se encuentra consagrado como garantía constitucional en el numeral 10 del artículo 19 de la Carta Fundamental, eso sí sin el resguardo del recurso de protección”⁵⁵.

Lo anterior nos obliga a referimos al fenómeno conocido como “*propietarización de los derechos*”. COUSO la define como “el uso de la garantía constitucional que cautela la propiedad privada para proteger derechos económicos, sociales o culturales que carecen de acceso directo al recurso de protección”⁵⁶. Se trataría para una par-

⁵⁴ Considerando Sexto, Rol N° 8372-2005.

⁵⁵ Voto de Minoría, considerando segundo, Rol N° 8372-2005. Encuentra fundamento tal afirmación en las expresiones del Comisionado OVALLE QUIROZ, quien señalaba en la CENC que al encontrarse protegida la propiedad en todas sus diversas formas “*es evidente que está protegida la propiedad sobre los derechos, que no es sino otra forma de propiedad*”. COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN, Sesión N° 166, p. 4.

⁵⁶ COUSO (2001).

te de la doctrina del uso de una vía indirecta para proteger derechos *lato sensu*, sobre la base de sostener que se tiene un derecho de propiedad sobre los bienes incorporales que se han incorporado al patrimonio del alumno afectado con la medida, razón por la cual debe respetarse la condición de estudiante, sobre la que se tiene derecho de propiedad.

La jurisprudencia ha sido oscilante en la materia. Hay fallos en que la Excmo. Corte Suprema ha señalado, como en *Bauer Callejas con Colegio Julio de Barra Campos*, que “el derecho abstracto a la educación no puede considerarse generador de derecho de dominio, por cuanto carece de valor patrimonial”⁵⁷. Sin embargo, en otras oportunidades, la Corte ha acogido recursos de protección señalando que la institución de enseñanza incurre en acto arbitrario al pretender asilarse en su reglamento interno para sancionar conductas contrarias a sus principios, y que con ello se ha infringido la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 24, puesto que “la calidad de estudiante universitario faculta al interesado para acceder a un título profesional cumpliendo las exigencias universitarias y legales establecidas al efecto, configurando una especie de propiedad sobre los derechos incorporales”⁵⁸.

Creemos, sin embargo, que tal propietarización es, en los hechos, un intento para dar a los derechos *lato sensu* carácter de *stricto sensu*, obviando sus propias naturales diferencias. Tal teoría, de considerar protegible la propiedad del derecho y no el derecho en sí mismo, conduce, como señala VIVANCO, a “una evidente crisis dogmática” del concepto mismo de propiedad⁵⁹. Pudiera pensarse como más adecuado incluso, como señala VERGARA, “que la propietarización de los derechos, lisa y llanamente, sea una protección dirigida directamente sobre los derechos, como tales derechos, como titularidades jurídicas, con un ámbito propio”⁶⁰.

⁵⁷ Voto de minoría. Corte Suprema (21 de marzo de 2002). Ver *Revista Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCIX, N° 1 (enero-marzo, Segunda Parte, sección quinta) p. 35.

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Santiago y Corte Suprema (23 de noviembre de 1992).

⁵⁹ VIVANCO (2006) pp. 457-458.

⁶⁰ VERGARA (1992) p. 281.

IV. NATURALEZA DE LA CONTROVERSIAS: ¿CONSTITUCIONAL O CONTRACTUAL? EL PRINCIPIO DE SER SIERVO DE LO PACTADO COMO LÍMITE CONTRACTUAL

Solemos en estos debates obviar un aspecto evidente. La Constitución, al asegurar la libertad contractual, ha consagrado constitucionalmente el principio de autonomía de la voluntad en el artículo 19 N° 21. Los romanos, desde tiempos inmemoriales, pretendieron darle valor normativo al principio denominado *pacta sunt servanda*, locución latina que se traduce como “*lo pactado obliga*”. Tal noción expresa que toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado. Constituye un principio básico del derecho civil, específicamente relacionado con los contratos.

Sin mencionarlo explícitamente, el fallo recoge, a nuestro juicio, este principio en forma adecuada. En el considerando cuarto de la sentencia de marras, la Corte expone que

“de esta forma queda claro a estos jueces que la situación normativa del Colegio había sido aceptada y era plenamente conocida tanto por el alumno como por su apoderado (...) de los diferentes documentos del colegio acompañados al informar, aparece que la aceptación ha de referirse a los principios y valores que se contienen en (...) el Proyecto Educativo del colegio y su Programa de Valores (...) en los que se hace una clasificación de las distintas faltas, procedimientos y sanciones. Dentro de las posibles sanciones de las faltas que se consideren gravísimas está la de cancelación de la matrícula en forma inmediata”⁶¹.

La Corte es clara: las reglas eran conocidas de las partes y deben respetarse al punto de ser esclavo o siervo de la palabra empeñada.

Es que, como resulta lógico, tal principio es una base angular de nuestro derecho, público y privado. Como plantea HUESBE, “sin este consenso, el mundo moderno no podría sobrevivir ni un solo instante. ¿Cómo sustentar los negocios (...) si las partes no estuvieran dispuestas a guardar la fe prometida? ¿Qué gobierno sería posible sin la validez de ese principio?”⁶². Sin duda, su inexistencia significaría el comienzo del fin del Estado de Derecho, razón más que suficiente como para considerarlo como un principio rector del sistema jurídico. Pero el alcance práctico de dicho principio no basta

⁶¹ Considerando cuarto, Rol N° 8372-2005.

⁶² HUESBE (2005) pp. 329-338.

para comprenderlo en su magnitud plena: “No hay duda alguna que tras la regla *pacta sunt servanda* hay una base moral”, sostiene con razón VIRALLY⁶³.

Esta noción, frecuentemente usada en derecho internacional público⁶⁴, es plenamente atendible en el derecho civil y en las relaciones entre particulares. Incluso, como en el caso que se comenta, permite resolver conflictos de aparente colisión de normas constitucionales, como la libertad de enseñanza de un establecimiento educacional que pretende aplicar sus normas de disciplina contra la voluntad –y la convicción jurídica– del alumno que alega su derecho de propiedad sobre su condición de alumno, su igualdad ante la ley y la falta de un justo y racional proceso de expulsión del mismo.

La reflexión de fondo es ¿debo como contratante cumplir siempre con mi obligación contractual? ¿Incluso cuando se trate de la educación de mis hijos, desordenados o desobedientes? Y la respuesta desde la perspectiva de la libertad ha de ser siempre positiva, a la luz del artículo 1545 del Código Civil, toda vez que ser “siervo de lo pactado” implica cumplir el contrato legalmente celebrado, el cual tiene para las partes rango de ley, y que no puede ser desobedecido salvo por mutuo acuerdo de las partes o la propia ley.

Esta limitación obra en favor del contratante diligente, esto es, aquel que cumple con lo acordado, limitación que rige a ambas partes –el colegio y el alumno– toda vez que “los efectos del contrato celebrado obligan a las partes en un plano de igualdad, como lo expresa el artículo 1545 del Código Civil”, como lo ha recordado la Corte de Apelaciones de Santiago⁶⁵.

V. CRAIGHOUSE, RECURSO DE PROTECCIÓN Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: UNA MIRADA DESDE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIALES

Así las cosas, la pregunta de fondo en esta materia es: después de *Craighouse* ¿qué? ¿Es suficiente el impacto de *Craighouse* como para desincentivar una controversia equivalente, disuadiendo a un

⁶³ Citado en SORENSEN (1973) p. 158.

⁶⁴ El artículo 26 de la CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS establece el principio en comento, disponiendo que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe.

⁶⁵ Corte de Apelaciones de Santiago. Ver *Gaceta Jurídica* (1996) N° 203, p. 70.

apoderado de un colegio similar presentar un nuevo recurso de protección contra un establecimiento educacional?

Lamentablemente, la respuesta es no y desde el punto de vista de las políticas públicas judiciales, y como se plantea en la introducción, *Craighouse* plantea dos complejidades adicionales. En primer lugar, la falta de un desarrollo jurisprudencial más sofisticado de las garantías que están en juego –cuestión que trasciende con mucho la sentencia comentada–, reflejaría la existencia de una jurisprudencia constitucional en materia de protección que parece entrampada frente al sentido de esta acción y que desde el punto de vista económico no parece estar produciendo los bienes públicos que requiere la sociedad, y que son las que en definitiva justifican desde el punto de vista social el que estos bienes públicos sean producidos por el Estado –en este caso por los tribunales superiores de justicia– y financiado con cargo a rentas generales.

En segundo lugar, y estrechamente vinculado a lo anterior, es precisamente la naturaleza más bien contractual de la discusión analizada, y que se infiere de la propia sentencia de la Corte, la que sirve a su vez para mostrar cómo la protección está siendo crecientemente transformada en un sustituto de los procedimientos y recursos ordinarios, de otros ámbitos jurisdiccionales, cuestión que distorsiona el recurso de protección (y su abuso por parte de los litigantes), el sentido de la jurisdicción constitucional y en definitiva la asignación óptima del bien justicia.

5.1 Recurso de protección y jurisdicción constitucional

El recurso de protección consiste en una acción, establecida en la Carta Fundamental, que tiene por objeto restablecer el imperio del derecho y dar la debida protección al ofendido cuando aquel se ve quebrantado por actos u omisiones arbitrarios o ilegales que perturban, privan o amenazan el legítimo ejercicio de algunos de los derechos garantizados en la misma Constitución Política del Estado⁶⁶. Su

⁶⁶ SOTO KLOSS (1982) pp. 12-13. Para Soto Kloss, el recurso de protección es una acción cautelar de derechos constitucionales y más precisamente un mecanismo de amparo frente a las posibles violaciones por parte de la administración pública. La acción de protección es, en esta lógica, un mecanismo necesario para que efectivamente pueda existir un Estado de Derecho, toda vez que este “supone un orden jurídico objetivo e impersonal, cuyas normas inspiradas en un superior sentido de justicia obligan por igual a gobernantes y gobernados (...) pues al obligar por igual a gobernantes y gobernados tanto estos como aquellos han de actuar conforme a

incorporación al derecho nacional se remonta al Acta Constitucional N° 3 (1976)⁶⁷.

Si se compara la acción de protección con otras vías procesales que existen para el amparo de derechos, se observa que ella constituye una alternativa bastante más simple y desformalizada en su interpósición, así como una vía ostensiblemente más rápida. Es conocida directamente por una Corte de Apelaciones, quien tiene facultades amplias y genéricas para procurar el restablecimiento del derecho, incluyendo, desde luego, la invalidación del acto estimado ilegal o arbitrario y todas las demás que la Corte estime pertinentes a fin de evitar que se expandan las consecuencias del acto que ha quedado calificado de ese modo. Lo anterior ha implicado un crecimiento progresivo del uso de este recurso, como lo muestra la evidencia presentada más adelante.

Derecho, siendo el juez quien ha de declarar dicha conformidad o disconformidad cuando haya contienda, pues solo a él el constituyente le ha confiado la jurisdicción en forma exclusiva y excluyente". A juicio de este autor, este recurso a un juez independiente es lo que permite configurar un Estado de Derecho; el que, "como concepto jurídico, nació precisamente y se ha desarrollado, sobre la base de la necesidad de un juez, independiente e imparcial que conociendo de dichos agravios, producidos por la autoridad (política o administrativa), decida el conflicto y su sentencia se imponga con la fuerza (o imperio) de *res iudicata* a las partes del litigio, aun si una de ellas es la mismísima autoridad administrativa estatal". SOTO KLOSS (1982) p. 52. Así, la figura no solo es presentada como el amparo frente al abuso de la administración, sino también como el mecanismo que hace que la Constitución pueda alcanzar una vigencia efectiva, como norma jurídica eficaz, pues "de nada sirve que les sean reconocidos esos derechos públicos subjetivos, por el ordenamiento si solo pudieran recurrir de agravio ante la propia autoridad agravante o su superior jerárquico, pues es obvio que nadie puede ser juez en su propia causa". Ídem.

⁶⁷ Con la excepción del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el que tiene un tratamiento especial y más exigente para la procedencia de esta acción, la regla general es que el recurso pueda utilizarse para el amparo de los llamados derechos civiles y políticos excluyendo los de contenido económico, social y cultural. Así, su objetivo y finalidad expresa ha sido precisamente el de amparar al titular de alguno de los derechos constitucionales, cuando por actos u omisiones arbitrarios o ilegales se ve amenazado, perturbado o privado en su legítimo ejercicio, tanto por parte de órganos del Estado como por los particulares. En sus orígenes se le vinculó especialmente con el control de la acción de los órganos del Estado, particularmente débil en la tradición jurídica chilena luego que los Tribunales interpretaran que la Constitución de 1925 no les otorgaba jurisdicción para conocer de las causas contenciosas administrativas mientras no se crearan Tribunales especializados para ello: "(...) paliar la indefensión del ciudadano frente a la ilegalidad del actuar administrativo del Estado fue el motivo principal de ir a la creación de este remedio ágil, pronto y eficaz, tratando de sobrepasar o superar esa denegación de justicia que los Tribunales Ordinarios habían adoptado frente al contencioso-administrativo. SOTO KLOSS (1982) p. 402. No obstante esta finalidad, lo cierto es que la acción de protección no solo procede cuando el acto arbitrario o ilegal que se alega proviene de la administración sino también cuando viene de un particular.

5.1.1 Una mirada positiva (empírica): lo que es

El punto de partida del análisis en *Craighouse*, al igual que para la generalidad de las sentencias de protección, es empezar identificando la acción u omisión impugnada, deteniéndose en el examen de su legalidad o arbitrariedad. Es usualmente aquí donde la corte concentra su argumentación. Luego, la corte determina si ha habido afectación de alguno de los derechos fundamentales que permiten la interposición del recurso de protección. Esta última cuestión rara vez recibe suficiente justificación. Esta metodología carga en forma excesiva el examen de legalidad y arbitrariedad, lo que además es particularmente sensible cuando se busca impugnar un acto de la administración, donde la asimetría Estado-ciudadano es manifiesta⁶⁸. Es muy difícil desechar un recurso después de haber declarado que la acción u omisión impugnada es ilegal o arbitraria. Por eso, cuando la corte intuye que el recurso debe ser rechazado, tiende a negar que la medida sea ilegal o arbitraria⁶⁹.

En este sentido, se ha dicho reiteradamente que el recurso de protección tiene como fin primario el amparo del legítimo ejercicio de determinados derechos fundamentales. Así, el conocer y resolver un recurso de protección constituye jurisdicción constitucional, pues es necesario pronunciarse siempre respecto al ámbito protegido por

⁶⁸ Por otra parte, lo que es tal vez tanto o más importante, distorsiona el sentido del recurso de protección, pues, al trivializar la condición central de que se afecte un derecho fundamental, el recurso de protección se transforma en un recurso ordinario de impugnación de la legalidad de los actos de la administración y que paradoja de paradojas, lo transforma del recurso más intensamente vinculado a la posición subjetiva del ciudadano, por cierto, la parte más sensible de su posición jurídica, a un recurso que protege la mera legalidad objetiva. No es de extrañar dado lo rápido y económico que resulta, que el recurso de protección haya pasado a ser el medio de impugnación de los actos de la administración más usado en la práctica forense, aun por sobre los recursos especiales y llevando a la práctica irrelevancia la protección del ciudadano a través de los tribunales ordinarios otorgada por el artículo 38, en otras palabras, en la práctica forense se ha hecho un uso indiscriminado del recurso de protección que ha deformado su sentido, y de manera tal, que ya no es reconocible su especial posición como mecanismo de protección de los individuos: el recurso de protección se ha convertido en el mecanismo procesal ordinario de control de la actividad de la administración, sea que esta se traduzca en actos administrativos (actos decisorios unilaterales de efectos singulares), en reglamentos (actos normativos de efectos generales) o en contratos administrativos (actos bilaterales de la administración). TSCRONE y CORREA (2004) p. 654.

⁶⁹ Para Correa, la corte haría mucho mejor si comenzara su análisis examinando si la acción u omisión impugnada afecta en principio un derecho fundamental. Solo habiendo respondido afirmativamente a esa pregunta, debería preguntarse el tribunal por la justificación de la acción u omisión. Esta forma de proceder permitiría al tribunal identificar los problemas de constitucionalidad de manera mucho más certera que la metodología actual. CORREA (2004) p. 567.

el legítimo ejercicio de un derecho constitucional. De este modo, lo que debería esperarse que fuera parte del objeto central de discusión en la mayoría de los casos en que se ha interpuesto un recurso de protección es el contenido de los derechos fundamentales invocados, sin embargo, ello no se ha dado de esta manera en la práctica⁷⁰. Esta es una cuestión grave no solo porque trivializa a los derechos fundamentales sino porque distorsiona el sentido del recurso de protección⁷¹.

En esta materia, como en la mayoría de las cuestiones judiciales, la evidencia empírica es bastante escasa, lo que es una nueva invitación al Poder Judicial y al Estado en general a tomar en mayor consideración esta cuestión, clave en el proceso de diseño e implementación de reformas judiciales. Sin embargo, hay dos trabajos empíricos que destacan.

VARGAS Y OTROS, en base a todos los fallos emanados en el período 90-95 de la Corte de Apelaciones de Santiago, indican que de un total de 5.312 causas terminadas en el sexenio solo un 12% de los recursos de protección fueron acogidos, 51% fueron rechazados, 30% declarados inadmisibles, 7% desistidos y menos de 1% terminados por otras vías. Los autores destacan el aumento de los recursos terminados por una declaración de inadmisibilidad, los que pasan de ser un 24% del total de los terminados en el año 1990 a 49% en 1995⁷².

En este mismo trabajo, también se tomó como submuestra todos aquellos fallos dictados por la Corte de Santiago en el año judicial 1995, que no fueron revocados y todos los de la Corte Suprema que revocaron o confirmaron con declaración alguno de los contenidos de la muestra: la muestra incluía todos los fallos de ese año en

⁷⁰ En efecto, la mayoría de los fallos acoge o rechaza un recurso de protección sin apenas pronunciarse acerca del contenido del derecho fundamental invocado, sino que se contenta con constatar si hay o no ilegalidad y arbitrariedad, y luego según ello se declara sin mayor reflexión adicional que se ha afectado o no se ha afectado el derecho invocado.

⁷¹ Ello, además de suyo, tiene efectos desde el punto de vista de la labor jurisdiccional: la infracción al deber de fundamentación de las sentencias judiciales que es un elemento básico del Estado de Derecho, pues, entre los requisitos de procedencia básicos está la constatación de la afectación del legítimo ejercicio de un derecho afectado además de la existencia de un acto arbitrario e ilegal, y por supuesto, la mera cita de la garantía que se estima afectada y de la disposición constitucional que la consagra no constituye fundamentación suficiente. TSCHORNE Y CORREA (2004) p. 652.

⁷² VARGAS Y OTROS (2001) pp. 57-58.

recursos interpuestos contra órganos de la administración del Estado, los que suman un total de 277 (incluyendo 7 revocados y 13 confirmados con declaración sustantiva)⁷³. Algunos de los resultados en esta materia indican:

- En 38 de los 277 fallos analizados se verificó algún razonamiento acerca de uno o más de los derechos constitucionales invocados. En los restantes, una proporción superior a 85%, el fallo definitivo no contiene razonamiento alguno respecto de derechos constitucionales. De ese 85%, hay un quinto en que el fallo contiene alguna referencia a algún derecho constitucional, aunque esta es puramente evocativa; esto es, se alude al numeral o se cita el contenido de la Constitución, sin que conste razonamiento alguno acerca del sentido o alcance del precepto constitucional. En consecuencia tan solo en un 14% de los fallos de la muestra es posible que se produzca la externalidad positiva consistente en que la comunidad jurídica conozca el significado de la Constitución mejor de lo que el propio texto se explica a sí mismo.
- En 5 de las 277 sentencias el Tribunal desarrolla un criterio acerca de aquello en lo que consiste el legítimo ejercicio de un derecho. En esos cinco casos, el recurso resulta rechazado. Así, la proporción en que se verifica este desarrollo acerca del concepto constitucional de ejercicio de un derecho es apenas de un 2%.
- En 196 de los 277 fallos se verifica un examen acerca de la legalidad del acto u omisión impugnado (lo que representa un 71%). Del universo de fallos en que no se hace este examen, los que representan menos de un tercio del total, la mitad son declarados inadmisibles. Así, tan solo en 3 de los 52 fallos en que se acoge el recurso no hay análisis acerca de la legalidad del acto, mientras que tal análisis falta en alrededor de un quinto de los que se rechazan.
- En solo 6 de las 277 causas, la Corte considera arbitrario un acto que no había calificado de ilegal.

⁷³ Estos fallos se revisaron con el objeto de reconocer si en ellos se verificaba la producción de los bienes públicos propios de la jurisdicción constitucional y especialmente si era posible encontrar en ellos un desarrollo de las garantías constitucionales invocadas o amparadas, si aparecía el desarrollo de algún otro concepto constitucional; si se aparecía siguiendo alguna jurisprudencia y si se determinaba la competencia de algún órgano.

- En ninguna de las 277 sentencias se cita jurisprudencia para razonar acerca de la naturaleza del recurso o para dar significado al texto constitucional acerca de algún derecho. Tan solo en 4 de los 277 fallos aparece alguna cita o referencia a fallos anteriores en algún considerando.

Para estos autores, la evidencia empírica en materia de protección los lleva a concluir que si bien su uso era frecuente y el número y relevancia social de los fallos había sufrido un constante aumento, el debate que genera su interposición dice relación mucho más con la legalidad del acto u omisión que con derechos constitucionales. Por lo mismo,

“la jurisprudencia no ha ayudado a otorgar significado a la Constitución, ni seguridad a la población acerca de su sentido y alcance. Como consecuencia de lo anterior, la protección tampoco ha ayudado, de modo relevante, a velar por la supremacía de la Constitución, porque ha sido un instrumento eficaz para velar por la legalidad de los actos de la administración y de particulares, mas no para controlar su constitucionalidad. En otras palabras, la protección ha operado como un control de legalidad y no propiamente como un control de constitucionalidad. Este mecanismo tampoco ha ayudado de modo significativo a limitar el poder en resguardo de los derechos garantizados en la Constitución, puesto que la protección ha servido para amparar derechos frente a actos u omisiones ilegales, pero ello no debe ser confundido con la idea de defensa de derechos o garantías constitucionales. La especificidad de estos y la determinación de su sentido y alcance no parecen tener presencia ni aplicación en el debate jurisprudencial de protección”⁷⁴.

Por otro lado, GÓMEZ, analizando casos de protección llegados hasta la Corte de Apelaciones de Santiago –y la Corte Suprema– entre 1990 y 1998 concluye que prácticamente no había controversia o pretensión que no pudiera llevarse a una Corte de Apelaciones mediante la protección. En los hechos, el recurso tendió a desplazar los procedimientos legales en aplicación, convirtiéndose en un equivalente jurisdiccional. Todo esto trajo como consecuencia la expansión de la demanda por justicia constitucional entre 1990 y 1998 en 148% (de 598 a 1484 ingresos anuales), creciendo anualmente a una tasa promedio del 16,7%⁷⁵. Como contrapartida, la elasticidad de respuesta

⁷⁴ VARGAS Y OTROS (2001) p. 157.

⁷⁵ Este incremento en la demanda por protección estaría estrechamente vinculada a los bajos costos de interponerla y al inmenso valor comparativo de la protección frente al resto de los procedimientos judiciales. Más aún, la práctica que acentuó los factores de legalidad de los recursos y la escasa argumentación constitucional que

del sistema fue igualmente sorprendente, pues los fallos igualaron, al menos en las Cortes de Apelaciones de Santiago, a los ingresos generales del recurso anualmente. La evidencia proporcionada por este trabajo muestra cuestiones interesantes.

- De las 9.145 causas ingresadas en el registro de la Corte, los fallos argumentados, esto es, entre acogidos y rechazados, constituye solo el 46,5% del total de los modos de término que se evidencian en el período. Si a los acogidos y rechazados se les suma la inadmisión, alcanza el 80,6%.
- Las causas acogidas representan un 7,6% del total de las resueltas. Tal porcentaje es ciertamente alto si tomamos como ejemplo de comparación otros modelos de control similares a este; acentuando el valor de la demora y el costo (es decir, correr el riesgo).
- Los fallos de rechazo son 3.559, lo que representa un 48,2% de los modos de términos jurisdiccionales, excluidas las resoluciones de inadmisión, y un 38,9% del total de fallos. Por su parte, los inadmisibles que constituyen 3.122 causas son el 42% de las resoluciones propiamente jurisdiccionales y el 34,1% del total de los modos de término.

Para este autor, son diversas las cuestiones que explican la evolución y estado actual del recurso de protección, que tuvo una expansión significativa durante el periodo 1990–1998. Políticamente, el crecimiento de la demanda por tutela de derechos puede estar vinculado, al fortalecimiento del estado de derecho en una democracia constitucional, a la expansión económica y una mayor diversidad social. Esta expansión de la demanda –equivalente a lo sucedido en otros sistemas comparados de jurisdicción constitucional– habría provocado dos efectos importantes al interior del sistema judicial. Por una parte, incrementó el número de fallos (no necesariamente su calidad) en la Corte de Apelaciones hasta equiparar la demanda (rasgo elástico) y, por la otra, atrajo recursos y medios del Poder Judicial estimulando, como resultado directo, el retraso general de otras funciones judiciales de las Cortes de Apelaciones.

La reacción institucional de la Corte Suprema no se hizo esperar. A través del auto acordado⁷⁶ de 1998 la Corte Suprema puso atajo a

admite que cualquier disputa o litigio posee dimensión y fundamento constitucional contribuyó a desorbitar la práctica y el recurso. GÓMEZ (2005) p. 565.

⁷⁶ En la década de los 90', la regulación de la tramitación del recurso de protección la encontramos en el auto acordado de 1992 (publicado en el Diario Oficial el 27 de

lo que ella creía eran las causas directas del atraso de causas en las Cortes y en la Corte Suprema en particular⁷⁷. La solución de la Corte fue incrementar facultades discrecionales de los jueces para rechazar los asuntos *ad limine* (a través de la revisión previa de admisibilidad) y atenuar las exigencias del debido proceso para el conocimiento y resolución de los asuntos de protección⁷⁸.

Asimismo, una de las razones que explican que el recurso se haya convertido en un equivalente jurisdiccional para el autor, es una razón de naturaleza estructural: el recurso no se ha diferenciado con claridad del resto de las acciones, debido a la posición indefinida que se le ha dado frente al resto de las acciones jurisdiccionales de la jurisdicción común⁷⁹.

junio de 1992) y modificado posteriormente por auto acordado de 1998 (publicado en el Diario Oficial el 4 de junio de 1998). Una nueva modificación se produjo en 2001 (publicado en el Diario Oficial el 20 de septiembre de 2001) que establece una nueva distribución de las causas entre las salas de la Corte Suprema durante el funcionamiento ordinario y extraordinario de ella.

⁷⁷ Para GÓMEZ, la Corte Suprema reaccionó en 1998 frente a la amenaza que creía representaba el recurso de protección para el buen funcionamiento de la justicia. La expansión de la demanda por protección, el crecimiento paralelo de los fallos y las externalidades negativas que dicho crecimiento provocó en el sistema judicial impulsaron al Alto Tribunal a dictar, frente a la evidente omisión legislativa, un Auto Acordado dirigido a evitar el crecimiento exponencial de los ingresos de protección que se advertía, la demora general de causas y el retraso que evidenciaba la Sala Constitucional de dicho tribunal. La solución consistió en establecer la revisión previa de admisibilidad de todos los recursos (decisión prácticamente incuestionable) y la resolución de los recursos en segunda instancia, prácticamente sin alegatos, en cuenta. También se eliminó la sala constitucional concentrada, la que fue reemplazada por una norma que atribuye, de modo incomprendible, competencia a todas las salas de la Corte Suprema para resolver las apelaciones de estos recursos, distribuyéndose los recursos de protección entre las Salas del Alto Tribunal en función de la región de la que proceden, y sin prever mecanismo alguno para evitar sentencias contradictorias entre las salas. GÓMEZ (2005) pp. 44-45. A partir del año 1998 los ingresos se estabilizan en orden a 1.500 recursos.

⁷⁸ Esto es, la revisión de los asuntos en segunda instancia en cuenta y supresión de la Sala Constitucional concentrada, estimulando los fallos e interpretaciones contradictorias de la Constitución entre las Salas). GÓMEZ (2005) pp. 600-601.

⁷⁹ A diferencia del Derecho Comparado, en donde este tipo de recursos demanda el agotamiento de las vías previas, la protección ha sido concebida como acción competitiva caracterizada por el bajo nivel de debate constitucional y el alto contenido de legalidad que presentan los problemas. Desde esta perspectiva, el recurso de protección fue mal diseñado, pues no ha logrado clarificar si es un equivalente o sustituto procesal de las acciones que prevé el ordenamiento común legalmente o si es una acción constitucional para la tutela de derechos. Asimismo, los operadores y la jurisprudencia contribuyeron también a la expansión de la acción y su descuadre. Así, el acentuado carácter de equivalente legal a las acciones del derecho común que adquirió la protección durante la década del 80' y 90', produjo fallos con escasa argumentación constitucional. Más aún, el uso de la noción propiedad sobre bienes incorporales, apartándose de cómo los civilistas la entendían, para amparar posiciones subjetivas de todas clases, sirvió como excusa constitucional e "infló" la jurisdicción de recursos. Se usó para incumplimiento de contratos, la titularidad

Por otra parte, para ATRIA el problema central del recurso de protección es que él permite y hace casi irresistible la tentación de decidir cuestiones de derechos de individuos sobre la base del sentimiento natural de justicia de la corte de apelaciones respectiva o la Corte Suprema. Esto es disfuncional y esta disfuncionalidad es, adicionalmente, innecesaria. Para el autor, una mirada a la jurisprudencia de protección muestra que la importancia forense que ha alcanzado ese recurso es consecuencia de que él cumple funciones para las que un procedimiento de amparo constitucional es claramente contraproducente; la mayoría de los casos decididos en sede de protección podrían ser solucionados por un procedimiento contencioso administrativo adecuado (es decir, por una acción de reclamación de legalidad de los actos de la administración) y, en materia de derecho privado, por una adecuada acción de urgencia. En ambos casos la referencia a los derechos constitucionales sería irrelevante y bastaría hacer referencia a la ley (analizar la legalidad de la acción del recurrido)⁸⁰. NOGUEIRA sostiene que si bien es cierto que los abogados han abusado del recurso, deduciéndolo ante cuestiones absurdas o sin relevancia jurídica, tiene que ser también reconocido que ello se debe, al menos en parte, a la falta de tribunales contencioso administrativos, a la lentitud y complejidad del procedimiento ordinario e incluso, del procedimiento sumario⁸¹.

En definitiva, este fenómeno de vulgarización en la aplicación de los derechos fundamentales se produce porque a final de cuentas, los tribunales de justicia han invocado los derechos fundamentales por la necesidad formal de invocarlos como requisito habilitante para conocer y acoger un recurso de protección. Por eso es que el desarrollo dogmático del contenido de los derechos fundamentales no sirve para explicar la jurisprudencia en materia de recurso de protección, pues, los tribunales más que como mecanismo de protección de derechos fundamentales, lo ha utilizado para llenar el vacío que nuestra legislación procesal tiene en materia administrati-

sobre cuentas corrientes, el monto de los seguros, los derechos personales surgidos del contrato, el crédito, sobre el cargo, la función, la calidad de estudiante, de socio, al horario y muchas otras.

⁸⁰ Para Atria, la razón para esto último es evidente: el recurso de protección procede contra acciones ilegales o arbitrarias, es claro que en derecho privado solo puede proceder contra acciones ilegales. Los individuos en una sociedad de mercado tienen libertad para actuar, como lo declara el artículo 582 del Código Civil, arbitrariamente (la negación de esta afirmación es incompatible con un sistema de mercado). ATRIA (2004) p. 48.

⁸¹ NOGUEIRA (2000) pp. 58 y ss.

va y civil. Esto es, han transformado el recurso de protección en el equivalente de las medidas cautelares administrativas y civiles, en la que poco queda de la posición del recurso de protección como mecanismo especial de amparo de derechos constitucionales⁸².

5.1.2 Una mirada normativa: lo que debiera ser

En principio, el bien justicia equivale a la resolución de una incertidumbre en la titularidad de un derecho. Parece evidente que, en principio, la reducción de tal incertidumbre es un bien privado –se trata de un bien rival– aunque posee *externalidades positivas*⁸³ que deben ser compensadas con cargo a rentas generales. Hay, con todo, áreas de la justicia relacionadas con la identidad del sistema normativo que producen información respecto de cuáles son las normas del sistema. En este caso se trata de un *bien público*⁸⁴ –que

⁸² TSCHORNE Y CORREA (2004) pp. 654-655.

⁸³ Las externalidades son tratadas en economía a raíz de las fallas de mercado. El intercambio dentro de un mercado es voluntario y mutuamente benéfico. Por lo general, las partes que intercambian captan todos los beneficios y asumen todos los costos. Pero a veces los beneficios de un intercambio pueden afectar a individuos distintos de quienes participaron explícitamente en él. Además, los costos del intercambio también pueden afectar a otras partes. El primer caso es un ejemplo de beneficio externo; el segundo, de costo externo. Un ejemplo de beneficio externo es la polinización que un apicultor provee a su vecino que tiene un huerto de manzanos. Un ejemplo de costo externo es la contaminación del aire o agua. COOTER Y ULEN (2002) p. 62.

⁸⁴ Los bienes públicos, a diferencia de los privados, poseen ciertas características que hacen problemática la explicación y determinación de los procesos de asignación de los mismos. A grandes rasgos existen dos propiedades fundamentales de estos, por una parte, la no exclusividad y por otra la indivisibilidad o, lo que es lo mismo, la existencia de oferta conjunta para su consumo. Por exclusión entendemos que, a diferencia de los bienes privados, en los públicos resulta extraordinariamente difícil o costoso excluir a una persona de su consumo. Así, por ejemplo, resulta muy difícil o imposible excluir a una persona de escuchar las emisiones radiales una vez que ella posee una radio. De forma similar, es imposible excluir a una persona del consumo de playa una vez que la sociedad ha establecido que ellas son bienes “comunes”, lo que permite a toda persona el ejercicio de ese derecho. Sin perjuicio de que los costos de imponer barreras de entrada al uso de la playa no son altos, la existencia de un derecho impide el establecimiento de mecanismos de exclusión. ¿Por qué? La indivisibilidad se refiere al hecho que el consumo que hace un individuo de él no disminuye la cantidad disponible del bien para otros. El consumo de un bien público es el mismo para todos. Las ondas radiales no se agotan al momento del consumo que cada individuo hace de ellas. El ejercicio del derecho de playa no altera la disponibilidad de playa a ser usada por otros individuos. No obstante, dada las características físicas de la playa, ella es perfectamente divisible, no obstante el derecho a la misma no lo es y en cuanto tal, a pesar que el consumo de la playa agote las unidades disponibles de playa para otros, el derecho aún subsiste de manera indivisible. Ahora bien, un bien puede ser indivisible aun cuando exclusivo; ejemplos de ellos son las carreteras y puentes. Una vez producidos están a disposición de otros para su consumo, sin embargo, no es costoso excluir a alguien de su consumo, por ejemplo a través de peajes o en el caso de la playa, en ausencia de un

es el caso de la jurisdicción constitucional por las razones que se expresan más adelante–.

El nivel de justicia disponible en una sociedad depende de la interacción entre la demanda por justicia y la oferta existente de la misma. La demanda por justicia deriva de la necesidad de protección frente a la infracción de derechos y esta, por su parte, del grado y características de la oferta de protección. La justicia opera no solo de modo represivo –interviniendo coactivamente ante la infracción de un derecho– sino, también, de un modo disuasivo o preventivo⁸⁵. Este último, posee relevancia desde el punto de vista económico puesto que equivale a una *externalidad positiva* del sistema. Hay sujetos que quedan protegidos por el sistema de justicia sin incurrir en costos por esa protección (honorarios de abogados, tasas judiciales, tiempos de espera, etc.).

Un sistema de justicia no puede, en consecuencia, aspirar a que todas las personas puedan ingresar demandas al sistema⁸⁶. Debe aspirar, en cambio, a que todos estén protegidos: la protección óptima se alcanzaría mediante un equilibrio entre la oferta y la demanda de justicia o, en otras palabras, mediante un equilibrio entre el

derecho común sobre estas. De ello se sigue que la propiedad del bien no determina su naturaleza de bien, sino que altera el dominio legal de la misma, es decir, una carretera o playa pública permite que cualquier persona tenga el derecho al uso de la misma, no obstante ello constituye una ficción legal, pero que en modo alguno impediría que alguien fuera propietario de la misma y cobrara por su uso. En resumen, la indivisibilidad no implica la no exclusividad. La asignación y producción de bienes públicos es problemática por las dificultades existentes de hacer que las personas paguen por ellos. Si ningún individuo pueden ser excluido de los beneficios derivados, digamos del “aire libre de contaminación”, ellos estarán tentados al *free-riding*, o sea, a obtenerlo sin pagar. Al respecto ver GUZMÁN (2001).

⁸⁵ Es fundamental entender en esta materia –y como ha sido largamente desarrollado por el análisis económico del derecho, en las obras de POSNER (1981) Y (2000), COOTER Y ULLEN (2002), POLINSKY (1989) Y SHAVELL (2004, que el ejercicio de la jurisdicción por parte de los Tribunales de Justicia para un caso particular tiene, en primer lugar, efectos *ex post* entre las partes, esto es, la resolución propiamente tal establece bajo qué circunstancias, cómo y con qué efectos se han violado determinados derechos de una de las partes; pero adicionalmente las decisiones judiciales generan un impacto *ex ante* sobre las expectativas de los individuos (agentes económicos), incentivando o desincentivando conductas. Por ejemplo, la redacción de contratos más completos, disminuyendo el espacio de interpretación de sus cláusulas; el establecimiento de cláusulas de arbitraje para resolver determinadas materias, desincentivando la litigación en los tribunales ordinarios; la disminución de los incumplimientos, frente a una aplicación rigurosa de la ley (*enforcement*); etc. Sobre los efectos *ex ante* de las decisiones judiciales y sus implicancias desde el punto de vista del análisis económico del derecho ver especialmente POSNER (2000) pp. 29-30

⁸⁶ Un sistema de justicia óptimo no equivale, entonces, a un acceso pleno e igualitario a los tribunales de justicia. La exclusión de un sistema de justicia –entendida como imposibilidad de resolver todos los conflictos a través del sistema– no es, entonces, mala por sí misma ni equivale a desprotección.

efecto represivo y el efecto disuasivo⁸⁷. Cada sentencia judicial posee, así, un componente de bien público –el efecto disuasivo y la información respecto del sistema normativo–. En efecto, la información producida por las decisiones judiciales –acerca del contenido del sistema normativo, de sus límites y de la manera en que el derecho está siendo producido por los jueces– puede ser denominada “precedente” (sea mediante un esquema de *stare decisis* o de casación). Como ha sugerido POSNER, un cuerpo de precedentes en un área del derecho constituye un stock de bienes de capital, específicamente un stock de conocimientos acerca del producto de varios años de litigación. Esos conocimientos son aprovechados por los litigantes potenciales quienes, de esa manera, saben cuáles son sus obligaciones y sus probabilidades en un conflicto, situándose así, en mejores condiciones para decidir si invertir o no, por ejemplo, en un litigio⁸⁸.

En este contexto, la jurisdicción constitucional debiera producir dos bienes públicos claramente diferenciables: (i) el control del poder político –y la consiguiente protección de los derechos fundamentales de los individuos⁸⁹– y (ii) el desarrollo interpretativo del texto constitucional, que es la vez complementario de la labor que le corresponde al legislador de dictar las normas generales que rigen a

⁸⁷ VARGAS Y OTROS (2001) pp. 25-26.

⁸⁸ POSNER (2000).

⁸⁹ La función de someter la política al derecho o de controlar el ejercicio del poder político constituye la esencia de un Estado de Derecho; “el gobierno de las leyes y no de los hombres”, según la formulación más antigua. Para que ello opere, no basta con la existencia de leyes y particularmente de un texto constitucional que se declare a sí mismo como superior a gobernantes y gobernados. Es indispensable la existencia de una jurisdicción regulada y sometida también al derecho, que sea capaz de actuar para invalidar los actos del poder que sobrepasen al derecho. El control del poder político en base al derecho no es más que la vieja técnica de la protección de los derechos fundamentales. Son precisamente esos derechos los que constituyen el límite al poder. Es la efectiva vigencia de esos derechos los que constituyen al súbdito en ciudadano, dotándolo de igual dignidad y de atributos que ni siquiera la voluntad mayoritaria puede desconocer. La jurisdicción constitucional está llamada a dar efectiva vigencia a estos derechos. Cuando un ciudadano o ciudadana reclama que alguno de sus derechos fundamentales ha sido vulnerado, es tarea de la jurisdicción constitucional restablecerlo. Cuando lo hace, no solo se beneficia aquel cuyo derecho se vio vulnerado; es el Estado de Derecho el que gana eficacia; es la vigencia de los derechos, más allá del caso particular la que está en juego. Los beneficios del fallo para todo el sistema institucional son evidentes, ya que cuando se quebranta el orden en esa parte, su restablecimiento no solo importa al directamente afectado, sino que tiene sobre todos los titulares de esos derechos; es decir respecto de todos. VARGAS Y OTROS (2001) pp. 39-40.

la comunidad⁹⁰. En otras palabras, la jurisprudencia constitucional genera información acerca de cuál es el sistema normativo; acerca de cuáles son las titularidades de que están provistos los sujetos; y contribuye, además, a producir arreglos institucionales (como ocurre cuando el sistema de justicia constitucional dirime disputas de competencia en el sistema político). Esta función se realiza, fundamentalmente, por la vía de decidir qué normas están provistas finalmente de obligatoriedad y cuáles derechos tienen los ciudadanos, delimitando así, las esferas de acción de las personas. Un sistema constitucional debe generar esa información y ello justifica su financiamiento con cargo a rentas generales mediante un único órgano que tenga la última palabra al decir qué es derecho en cada caso⁹¹.

5.2 ¿Cómo avanzar hacia la reconstitucionalización del recurso de protección?

Como hemos visto cada decisión judicial contribuye a orientar otras múltiples decisiones posibles y a desalentar el comportamiento oportunista (disminuir la incertidumbre respecto del sistema norma-

⁹⁰ A la jurisdicción constitucional le corresponde desarrollar el texto constitucional, atribuyéndole un sentido y alcance concretos, un significado para la vigencia social, que vaya más allá y sea más explícito que el propio texto. Como se sabe, las normas constitucionales son generales y abstractas. Su aplicación no es nunca un ejercicio meramente mecánico, sino uno de interpretación que integra diversos factores históricos, sociales y fácticos. El resultado de tal interpretación implica completar el trabajo del Constituyente señalándole a los ciudadanos, en términos ahora mucho más precisos y concretos, cuáles son y cuáles no son los alcances de sus derechos constitucionales. No se trata que esa jurisprudencia resulte inamovible, toda vez que ello rigidizaría en exceso el orden; de lo que se trata es de que ella alcance una regularidad y sentido concordante tal, que la sociedad pueda, a raíz de ella, conocer mejor sus derechos fundamentales y sentirse más segura acerca de aquellos que efectivamente le amparan. Ídem.

⁹¹ Así concebida la jurisdicción constitucional, como productora de auténticos bienes públicos, resulta natural postular que ella debe ser financiada por el Estado para generar una provisión óptima de la misma. Igualmente, hay buenas razones no solo para que el Estado intervenga proveyendo este bien, sino también produciéndolo directamente, a través de funcionarios públicos. Por lo pronto, no es posible pensar en órganos competitivos que pudieran asumirlo, ya que ello se traduciría en la existencia paralela y competitiva de órdenes constitucionales y jurídicos con sentidos y alcances diversos y en la posibilidad consiguiente para cada parte de elegir el estatuto jurídico que más le convenga. Un estatuto jurídico único y común –especialmente en las normas fundamentales– es característica básica de un Estado. Que tales normas sean generadas a través de representantes de los ciudadanos es, a su vez, requisito básico del sistema político que nos rige. Por último, como tales normas no tienen como único destinatario a los particulares, sino antes que nada persiguen someter la política al derecho, es necesario que un órgano independiente de las autoridades ejecutivas intervenga en su interpretación y aplicación, llámesse Poder Judicial o Tribunal Constitucional. Ídem.

tivo). Por eso el Estado tiene un especial interés por alcanzar óptimos a nivel de la justicia constitucional. Ello exige, sin embargo, seleccionar el acceso a la justicia constitucional deliberada o disuasivamente, como ocurriría con un sistema de justicia constitucional provisto de una jurisprudencia estable y regular que posea baja incertidumbre. El sistema en Chile carece de un mecanismo de selectividad –cualesquiera que tenga una pretensión puede acceder al litigio constitucional, aunque cuente con mecanismos ordinarios–; su decisión no está orientada al sistema normativo, sino a la cautela; en fin, y como hemos visto, las decisiones poseen baja densidad informativa y carecen de coherencia e integridad⁹².

5.2.1 *¿Estándares jurisprudenciales más restrictivos? o restricciones para las Cortes?*

Dado que es esperable que el recurso de protección siga siendo considerado por los litigantes como sustituto a otros vehículos jurídico-procesales, y habiendo analizado la evidencia empírica en esta materia, el desafío consiste precisamente en contar con tribunales superiores de justicia que se dediquen a un análisis más selectivo de casos en los que tengan que ejercer el análisis constitucional; lo que requiere contar con mecanismos de filtro para que no se transformen en una nueva instancia ordinaria de resolución de controversias –de naturaleza jurídica no constitucional– lo que a su vez permita que en materia de jurisprudencia de protección, sea posible efectivamente tener una basada en un cuerpo estable de precedentes, cuestión que analizaremos en el apartado siguiente.

El mecanismo de filtro actual está basado en el examen de admisibilidad del recurso realizado por las Cortes. Como hemos visto, la reforma introducida por el auto acordado de 1998 implicó el que los Ministros contaran con poderes, discrecionales para muchos, para no admitir recursos con providencias someramente fundadas. Así, se podría decir que la reforma fue exitosa en cuanto a detener el ingreso de recursos carentes de sentido, pero también incrementó

⁹² En otras palabras, el carácter que posee la justicia constitucional aconseja contar con un sistema previo de selectividad que decida, en base a esas consideraciones, si el asunto merece o no ser resuelto. Como suele ocurrir, se verifica aquí una divergencia entre el interés privado y el público. Cuando el *input* del sistema está entregado indiscriminadamente a las partes, el sistema funcionará con perjuicio del bienestar social: se demandará más veces que las socialmente necesarias. VARGAS Y OTROS (2001) p. 29.

la discrecionalidad bajo el expediente de apelar a la “manifiesta falta de fundamento” para intentar corregir la equivalencia de la protección con el resto de acciones del derecho común; lo que en definitiva ha sido a costa de un alto nivel de impredicibilidad de las resoluciones⁹³. Para GÓMEZ, la Sala especializada de la Corte Suprema (constitucional) tenía una gran fortaleza: la concentración estimulaba la uniformidad de criterios interpretativos y relativamente mantenía la estabilidad en el tiempo de estos⁹⁴.

En otras palabras, el esquema antes descrito ha sido exitoso para hacer un uso más racional (en el sentido económico) del recurso “justicia”, sacando del sistema (o no admitiendo a tramitación) cuestiones que realmente no merecían ser analizadas; con todo, los costos en términos de seguridad jurídica y arbitrariedad siguen siendo altos para el ordenamiento jurídico, mucho más, si se considera que los estándares jurisprudenciales o criterios utilizados en dicho examen (y en cuanto son los mecanismos de filtro concretos) pueden variar sustancialmente por el solo hecho de una nueva integración en la sala examinadora⁹⁵.

Así las cosas, hay quienes, con razón, se oponen a los actuales estándares de filtro⁹⁶, lo que no importa que no se deba tener ninguno. Muy por el contrario, es fundamental contar con ellos, porque eso permite que el recurso “justicia constitucional” sea asignado de forma eficiente, y por tanto, la existencia de una instancia de revisión previa de los recursos evita la ineficiencia en el uso y hasta la pérdida de los recursos públicos⁹⁷. En este punto, la experiencia

⁹³ GÓMEZ (2005) p. 45.

⁹⁴ GÓMEZ (2005) p. 567.

⁹⁵ Gómez entrega un antecedente relevante: En el año 2000 los recursos declarados inadmisibles bajan al 34,9%, cuestión que se debió a la integración a la sala tramitadora de un Ministro que reconocidamente no compartía los supuestos de funcionamiento y tenía criterios más estrictos acerca de que significa la “manifiesta” falta de fundamentos. Como la inadmisión de plano solo puede decretarse por la unanimidad de la Sala, hubo más recursos que pasaron la revisión previa. Ello pone de manifiesto el carácter subjetivo e inseguro que tiene el sistema de revisión previa tal como está contemplado en el auto acordado. Además, tomando en cuenta que no rige ninguna regla de precedente, la Sala puede determinar la inadmisión a su sola voluntad. GÓMEZ (2005) p. 572.

⁹⁶ Una de las críticas interesantes en la materia dice relación con que entregaría a las Cortes facultades que podrían ser utilizadas como instrumento de desarrollo de agendas personales de los Ministros. Este punto ha sido largamente desarrollado en la literatura americana. Al respecto ver, entre otros, MURPHY (2002), MCCLOSKEY (2005), SUNSTEIN (2004), EPSTEIN and KNIGHT (1998), ROSENBERG (1992), Y DAHL (1957).

⁹⁷ En efecto, el ejemplo paradigmático de uso racional del recurso justicia es la manera en que está diseñado la “persecución criminal” en el contexto de la Reforma

comparada es similar a la chilena, los amparos de derechos crecen vertiginosamente, las materias se vuelven complejas y se instaura la revisión previa que frena los ingresos que la práctica define como inapropiados o inconducentes. La cuestión central en esta materia es por tanto la calidad de esa revisión, por los fundamentos que se esgrimen para desechar, el apego a las decisiones constantes públicas, la difusión de la información y otros aspectos similares⁹⁸.

Para GÓMEZ el Derecho Comparado puede prestarnos una inmensa utilidad para entender cabalmente el déficit estructural o de definición que padece la acción de protección. Pocos sistemas constitucionales en el mundo consagran jurisdicciones constitucionales paralelas, coetáneas o equivalentes a la jurisdicción común u ordinaria y las que lo hacen tienen inmanejables niveles de litigiosidad o conflictos expresados como si fueran constitucionales. En este ámbito, las acciones constitucionales equivalentes a la protección tienden a ser subsidiarias, *ultima ratio* del sistema, y operan para robustecer o suplir la tutela de los derechos fundamentales a que es llamado todo el ordenamiento y sus potestades. Solo excepcionalmente el lesionado en un derecho puede saltarse las acciones comunes el ordenamiento y recurrir a la jurisdicción constitucional⁹⁹.

Procesal Penal. Ello explica la incorporación de figuras jurídicas con una clara lógica económica: como el archivo provisional o el principio de oportunidad –tan combatidas al principio por la doctrina procesal clásica nacional–. En efecto, el nuevo esquema ha venido a sincerar de alguna forma lo que sucedía en el sistema antiguo: se conocían y tramitaban todas las causas ingresadas, se citaba a las víctimas, se realizaban una gran cantidad de diligencias probatorias, y al final del día, y tras años de investigación infructuosa, la causa terminaba sin éxito alguno, habiendo perdido la sociedad recursos valiosos en todo este proceso.

⁹⁸ Uno de los aspectos más deficientes del sistema chileno de revisión previa es la falta de información oportuna y completa acerca de las prácticas y líneas interpretativas que posee la sala Tramitadora. Por diferentes razones, los actores u operadores actúan verdaderamente a ciegas acerca de la admisión del recurso frente a determinadas materias y actos, sobre cómo y cuándo se cuenta el plazo de caducidad de quince días, que debe entenderse por “manifiesta falta de fundamentos” y otros aspectos. La evidencia demuestra que no hay un sistema que entregue información técnica general. Esta sería una manera de agregar información al proceso de revisión. Así, se podría juzgar y evaluar lo que se está haciendo y permitiría disminuir los costos de información en que incurren los ciudadanos si deben interponer una de estas acciones. Naturalmente un sistema eficiente de información permitiría atenuar la complejidad que presenta el sistema de protección de derechos, generando señales positivas hacia la sociedad. Saber qué acciones se pueden llevar a debate constitucional resulta una cuestión capital del sistema de protección de derechos. La oscuridad y la falta de transparencia alientan comportamientos estratégicos, presiones, conversaciones paralelas y redundante –por la repetición de casos fundados en la ignorancia de cómo resuelve la Sala– en un perjuicio colectivo. GÓMEZ (2005) p. 154.

⁹⁹ GÓMEZ (2005) p. 80.

La revisión previa de admisión de recurso de protección (dispuesta en el auto acordado de 1998) así como la evolución de las decisiones de la Sala sobre el particular demuestra que el déficit estructural del recurso impacta también en la inadmisión. La introducción de la revisión previa de admisibilidad (1998) fue un evidente intento de la Corte Suprema por evitar esta equivalencia jurisdiccional –la duplicidad de jurisdicciones– a través del expediente de impedir o cerrar la válvula de ingresos o demanda por tutela constitucional. Se trata de someter todos los recursos mediante la revisión a control para determinar si estos fueron interpuestos dentro del plazo que fijó la propia Corte (quince días) contados desde, también señaló, la “ejecución” del acto o la ocurrencia de la omisión (criterio objetivo) o desde que el agraviado tuvo conocimiento o noticias ciertas (criterio subjetivo) de ellas y si no padecían de “manifesta falta de fundamento”. El análisis de su funcionamiento –su jurisprudencia– demuestra que ha sido válvula de regulación de los ingresos en función de su equivalencia con otras jurisdicciones y que la noción de falta de fundamento intenta corregir la deficiencia estructural y la alta indefinición de las materias constitucionales. Lo anterior permite concluir que el sistema constitucional requiere la creación de una nueva acción constitucional para corregir los vacíos constitucionales que la protección no llena y para superar las deficiencias estructurales que presenta la protección. No se trata de sustituir la protección sino que concentrarla en aquello que parece estar haciendo bien: la cautela de derechos subjetivos individuales frente a muy determinadas y evidentes acciones lesivas. Debe complementarse el sistema constitucional chileno con una acción para su tutela de derechos subjetivos públicos que sea la *ultima ratio* de las potestades que la Constitución instituye¹⁰⁰.

Lo central en esta materia, más allá de la forma en que se materialice –sea mediante la vía jurisprudencial en un esquema con reglas y estándares menos discretionales, los que operarían como restricciones *ex ante* para los litigantes, quienes sabrán de antemano que tal o cual recurso no tiene destino alguno; o el perfeccionamiento de los actuales recursos y acciones disponibles– es concentrar a los tribunales superiores de justicia, cuando ejercen jurisdicción constitucional, en la provisión de aquellos bienes públicos que requiere la sociedad: precedentes e información so-

¹⁰⁰ Ídem.

bre el contenido específico de los derechos y libertades garantizados en la Carta Fundamental.

5.2.2 Beneficios de un sistema de precedentes

Un factor determinante para que el sistema judicial genere externalidades positivas para la sociedad en general y la institucionalidad jurídica en particular, es que sea predecible. Solo si las personas que no han participado en un pleito piensan, con algún grado de fundamento, que los criterios con que se falló en él pueden serles aplicables en una situación similar, los tomarán en cuenta en sus razonamientos y actuaciones. En cambio, si las sentencias judiciales tienen un grado alto de aleatoriedad, si su contenido puede variar entre un caso y otro similar, los sujetos no pueden adecuar su conducta al derecho, pues este es cambiante y se verán alentados a asumir conductas oportunistas frente a los procesos judiciales.

Desde el punto de vista del derecho comparado, la mayor parte de las reglas del derecho común (*common law*) han sido elaboradas por jueces y no son estatutarias¹⁰¹; pero aun en los campos estatutarios –más similares a la tradición continental o civil en la que participa nuestro derecho– el contenido específico de las reglas señaladas por la ley, son interpretaciones judiciales. En la tradición anglosajona, las reglas elaboradas por los jueces son resultado de la práctica de decidir de acuerdo con el precedente (*stare decisis*)¹⁰². Cuando se decide un caso se constituye un precedente, es decir, una razón para decidir un caso similar en la misma forma. Mientras que un precedente aislado es frágil y transmite poca información

¹⁰¹ Aunque la tendencia a dictar normas escritas ha ido en gran aumento especialmente en materias corporativas.

¹⁰² Desde el punto de vista económico, el conjunto de precedentes de un área es un acervo de bienes de capital; específicamente, un acervo de conocimientos que durante muchos años genera servicios a los disputantes potenciales mediante la información acerca de las obligaciones legales. Los bienes de capital se deprecian; el valor de los servicios que brindan disminuye con el tiempo. Ello puede ser consecuencia, en el caso de la información (precedentes) de que sea obsoleta. Por supuesto, el que un bien de capital se deprecie no significa que deba reducirse el acervo de capital del que forma parte. Eso dependerá de la rapidez con que se reemplacen los bienes de capital. A medida que los viejos precedentes se vuelven obsoletos, hasta que finalmente dejan de ser parte del acervo de precedentes que se pueden usar, nuevos precedentes se agregan al acervo mediante el litigio. POSNER (2000) p. 506. Por otro lado, Landes y Posner, han calculado la tasa de depreciación de los precedentes, que en el caso americano llegaría al 4 a 5% anual. LANDES y POSNER (1976).

sobre el funcionamiento del sistema legal (algo que simplemente puede ser señalado, omitido o rechazado por un tribunal del mismo nivel o superior, o incluso por el mismo tribunal en una ocasión posterior), la acumulación de precedentes sobre una misma cuestión, puede en la práctica crear una regla de derecho dotada incluso de más fuerza que algunas reglas estatutaria explícitas¹⁰³.

Desde la perspectiva económica, el conocimiento de cómo los tribunales aplicarán el derecho tiene un importante efecto en el nivel de litigiosidad. Para este razonamiento debemos asumir como evidente que los arreglos son más convenientes y baratos que los litigios. En este esquema, si cada uno de los disputantes estima que tiene una buena posibilidad de obtener un buen resultado ante el tribunal, será poco probable que lleguen a acuerdo. La incertidumbre sobre el derecho es una de las condiciones necesarias para tal divergencia de las expectativas de los litigantes¹⁰⁴. Si la incertidumbre es grande, habrá más litigio y apelaciones (si la posibilidad de que unos jueces reviertan el resultado de otros inferiores es alta). Con pocos precedentes nuevos producidos, la incertidumbre legal aumentará a medida que los precedentes antiguos se deprecian (porque son menos informativos en un ambiente modificado), y esta incertidumbre generará una nueva oleada de litigios y, por ende, una mayor producción de precedentes¹⁰⁵.

Así las cosas, cuando a lo largo del tiempo la jurisprudencia es relativamente estable y coherente, ella se constituye en una forma de “capital social”: las personas saben con anticipación qué esperar de los tribunales y pueden incorporar dicha información en sus decisiones. Por el contrario, si los agentes involucrados no pueden anticipar razonablemente cuál será el criterio de decisión de los tribunales, dicha incertidumbre se traducirá en múltiples costos que dificultarán las relaciones entre los actores sociales. En efecto, si una misma norma tiene distintas interpretaciones y alcances, cuando se repitan situaciones similares en el futuro, el incentivo para

¹⁰³ POSNER (2000) p. 506

¹⁰⁴ La demora excesiva que se da en los tribunales, y que constituye una verdadera prórroga para el deudor que ha incumplido, es también otro aliciente para que el deudor se niegue a llegar a un acuerdo o solución extralegal, incluso en los casos donde la ley es clara y la jurisprudencia uniforme.

¹⁰⁵ Sin embargo, dado que es el propio litigio el que genera precedentes, sobre todo al nivel de la apelación, el incremento del litigio generará una reducción de la incertidumbre legal. Por tanto, la cantidad de litigio bajará –en un modelo teórico y con la ficción *ceteris paribus*– en el periodo siguiente. POSNER (2000) p. 508.

que terminen en juicio es elevado, ya que ambas partes tendrán la expectativa de que el tribunal los favorezca. En ese caso, todo el costo que significó el primer juicio no constituye ningún aporte a los otros casos acaecidos posteriormente, obligando al país y a las personas a incurrir una y otra vez en costos judiciales para casos que son prácticamente idénticos, con el consecuente aumento de la conflictividad, incertidumbre e inseguridad. Incluso, y desde la óptica de la Teoría de Juegos y el Derecho, la posibilidad de acuerdo entre las partes disminuye si las probabilidades de ganar son similares para uno y otro: ¿por qué ceder si se espera ganar?¹⁰⁶ En cambio, si la jurisprudencia fuera relativamente estable, bastaría con algunas resoluciones en la materia para que la comunidad jurídica captara dicha información y la aprovechara: menos juicios serían necesarios si con anticipación sabemos cuál es el sentido de la ley y quién tiene mayor probabilidad de ganar. El costo de litigar una y otra vez por causas similares se reduce a unos pocos litigios que proveen información para los demás casos¹⁰⁷. De esta manera, el sistema no solo se hace más costoso por la cantidad de juicios, sino también por la cantidad de precauciones que se deben tomar para evitar ser estafado, engañado, etc.¹⁰⁸.

Dado todo lo antes mencionado, la falta de jurisprudencia y el no uso de precedentes en Chile nos privan de los beneficios antes señalados. Más aún, de acuerdo a la legislación chilena, las sentencias judiciales solo son aplicables al caso específico que resuelven; más allá no tienen fuerza obligatoria: el artículo 3º del Código Civil es contundente¹⁰⁹. Sin embargo, la doctrina y la propia realidad han reconocido el valor interpretativo que se deriva de las resoluciones de los tribunales, en el sentido de que una decisión judicial contribuye a esclarecer el sentido de las normas. De esta manera, al decidir sobre un caso específico, los jueces orientan a los particula-

¹⁰⁶ BAIRD Y OTROS (1994).

¹⁰⁷ Al respecto ver HUA y SPIER (2005).

¹⁰⁸ Si no se tiene certeza sobre la protección de los tribunales, es el propio interesado el que debe protegerse, analizando e investigando minuciosamente a la contraparte antes de suscribir cualquier contrato. Entre los ámbitos más perjudicados están justamente las decisiones de largo plazo: las inversiones. Una empresa que piensa iniciar operaciones sabe que en el futuro enfrentará muchos conflictos y mientras más incierto ese panorama, más riesgosa será la decisión de involucrarse en el negocio.

¹⁰⁹ El artículo 3º del Código Civil señala:

“Solo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

res sobre la forma en que deben entenderse y especialmente cumplirse las leyes.

El que un esquema de precedentes no sea adoptado en Chile, nos parece que está relacionado con diversas cuestiones. En primer lugar, la más obvia: tiene un impacto relevante la familia de origen legal o tradición jurídica a la que pertenece nuestro país (continental)¹¹⁰. Esto está relacionado no solo con la legislación positiva (v.gr. artículo 3º del Código Civil), sino también en la formación jurídica

¹¹⁰ Básicamente la existencia de dos grandes familias legales: el derecho común (*Common Law*), propio de los países anglosajones (y en sus colonias) y el sistema de derecho civil, de código o continental, aquellos seguidores de la tradición románica y francesa (Europa continental, Sudamérica y sectores de África). Esta última a su vez tiene diversas ramificaciones, que se traducen en modelos eclécticos (civiles con componentes e instituciones jurídicas de derecho común) por ejemplo, el modelo alemán. Al respecto ver el tratado de Derecho Comparado de SCHLESINGER (1998). Una primera aproximación respecto de las diferencias entre ambos sistemas dice relación con el rol de la ley y los jueces como fuentes de derecho. En el caso de la tradición civil, continental o de Código –la que sigue el sistema chileno–, se considera a la ley escrita como la fuente esencial del derecho, correspondiéndole a los jueces solamente aplicar tales normas para cada caso concreto, pero sin la posibilidad de crear derecho en forma general. Esto contrasta fuertemente con el derecho común, en donde la cultura dominante concibe a los jueces como autoridades que pueden sentar jurisprudencia –precedentes– de obligatoriedad general.

Literatura reciente lleva la discusión de las familias legales a una división aún más profunda: la concepción de ambos esquemas persigue objetivos diferentes en relación al rol del derecho, las instituciones legales y el sistema de justicia frente a los poderes políticos. En este sentido, uno de los trabajos más importantes en esta línea, LA PORTA Y OTROS (2004), parte de la premisa, tomada de HAYEK (1960), que el derecho común –y ciertos principios, instituciones y mecanismos esenciales que lo componen– se desarrolló y evolucionó en sociedades que veían en estos un contrapeso al poder político, y en donde se encuentran con mayor vigor principios y mecanismos como la separación de poderes, la independencia judicial y el control de constitucionalidad de las leyes (específicamente en Estados Unidos). En contraposición a esto, los países del derecho civil, y predominantemente aquellos sistemas fuertemente arraigados en la tradición francesa, más bien miran la ley como instrumento para llevar a cabo la voluntad general, no como un contrapeso a esta. Esta tradición, históricamente es escéptica del rol que pueden cumplir los jueces, puesto que, se argumenta, al juez solo corresponde aplicar la ley, más allá de eso, viola los deberes que se le han impuesto. Este estudio concluye que los sistemas de derecho común garantizan mejor la libertad económica que los países con derecho civil, no encontrando diferencias significativas en la protección de la libertad política. DAM (2006) critica el trabajo anterior ya que la premisa en la que se fundamenta, esto es, que la discusión respecto de las familias legales (derecho civil contra derecho común) puede ser replicada desde el derecho privado al derecho público-constitucional, no es posible de hacer; además que pareciera eludir el hecho de que en Gran Bretaña el Judicial no cuenta con la facultad de control de la constitucionalidad de los actos de la Legislatura –mecanismo que sí se encuentra presente en diversos países con derecho civil en Europa y el América Latina–. En el mismo sentido, KOOPMANS (2003) sostiene que la clasificación de los sistemas legales en las familias “derecho común” y “derecho civil” facilita la comparación en derecho privado, sin embargo, para efectos de la comparación del derecho público, esta clasificación no tiene sentido.

de los abogados, quienes ni desde el punto de vista académico (en las Facultades de Derecho) ni en su práctica profesional, se ven incentivados a la investigación y al uso de jurisprudencia existente. Lo anterior, se transforma en un círculo vicioso en la medida en que no existe en Chile un cuerpo de jurisprudencia y una misma Corte presenta a través de sus salas decisiones completamente diferentes (incluso contradictorias unas con otras sobre un mismo tema), lo que incentiva precisamente todo aquello que un esquema de precedentes busca evitar: comportamiento oportunista y estratégico de los litigantes, exceso de litigios, fallos inconsistentes, etc.

Una manera de avanzar hacia un esquema de precedentes es de *arriba hacia abajo*, por la vía de una reforma legal expresa, como se ha intentado en el pasado. En este esquema se ha buscado que la Corte Suprema conozca de manera selectiva solo los recursos más importantes del sistema y establezca criterios uniformes en relación con los problemas de mayor relevancia social, orientándose a una interpretación uniformadora del derecho y establecedora de jurisprudencia cognoscible y fundamentada. Para este efecto, se ha planteado consagrar constitucionalmente la vinculatoriedad del precedente judicial emanado de los fallos de la Corte Suprema¹¹¹, modificando en consecuencia el actual artículo 3º del Código Civil. Adicionalmente, se ha planteado fortalecer y ampliar la actual norma vigente respecto de los recursos de casación con fallos contradictorios, facultando a las partes para detonar la intervención del pleno. Lo anterior pudiera imponer la obligación del respeto al precedente jurisdiccional de la propia Corte en materias jurídicas esenciales, tanto por esta misma como por todos los demás tribunales inferiores, y reportará crecientes grados de certidumbre y predictibilidad, que la sociedad está demandando del Poder Judicial.

Con todo, una segunda estrategia, y que pudiera vincularse directamente con el recurso de protección y la jurisprudencia constitucional, es pensar en la utilización de precedentes como práctica generalizada de la comunidad jurídica, esto es, de *abajo hacia arriba*. La pregunta obvia en esta materia es qué incentivos tienen los jueces y los litigantes para avanzar en esta materia.

¹¹¹ Los conceptos establecidos en una causa anterior son aplicados para decidir nuevas causas en las que concurren hechos similares y traen a colación puntos similares de derecho; el juez puede desestimar el precedente, si una de las partes lo convence de que las características del caso hacen inaplicable la jurisprudencia existente; los tribunales inferiores deben acoger las decisiones de los superiores.

En primer lugar, el uso de precedentes es racional para los jueces: tanto porque disminuye su trabajo, como acrecienta el poder relativo respecto de los otros poderes políticos. Para POSNER, el que los jueces están interesados en la producción de precedentes, es una extensión natural del modelo de comportamiento judicial¹¹². Un precedente proyecta la influencia de un juez con mayor eficiencia que una decisión que no tendrá ningún efecto para guiar el comportamiento futuro. Esto también explica por qué los jueces siguen y forman precedentes y, por tanto, por qué los abogados argumentan con base en el precedente. Si la generación de jueces actuales no sigue el precedente, la generación siguiente tenderá menos a seguir los precedentes de la generación actual, porque es menos probable que los jueces de la generación siguiente sean criticados por no seguir los precedentes de quienes los antecedieron. Para los jueces, los costos de la crítica profesional son modestos, pero dado que las reglas de la antigüedad y la compensación judiciales atenúan los incentivos habituales que influyen en la gente, es probable que los jueces se vean afectados por lo que en la mayoría de los campos es una fuerza débil (la crítica). Es cierto que aquí hay un problema de “sombrero”. El juez que se desentiende de un precedente deseando establecer el propio, contrario al precedente, podría minar de manera poco significativa la práctica de la decisión de acuerdo con el precedente; los costos privados de su acto pueden ser menores que las ganancias privadas. Sin embargo, la estructura de la revisión de apelación mantiene bajo control el problema del “sombrero”. El juez que se desentiende de un precedente se verá refutado por un tribunal superior que no tiene interés en permitir que *él* mine la práctica de la decisión de acuerdo con el precedente a fin de magnificar su propia influencia. En cada jurisdicción hay un tribunal superior cuyas decisiones no están sujetas a nueva revisión. Y, dentro de cada tribunal disminuye el problema del “sombrero”. Si los magistrados de la Corte Suprema se desentienden del precedente en sus decisiones, saben que hacen disminuir la probabilidad de que los magistrados futuros respeten sus propias decisiones como precedente¹¹³.

En segundo lugar, y como se analizara anteriormente, es racional para litigantes y para las partes afectadas –como también para los

¹¹² El análisis económico del comportamiento judicial es desarrollado en profundidad en POSNER (1993).

¹¹³ POSNER (2000) p. 508.

jueces– por el impacto del precedente sobre la cantidad de litigios. Esta aumentará debido a la reducción de la certeza legal y generará una presión para que se añadan nuevos jueces (diluyendo así la influencia de los jueces existentes), se haga que cada juez trabaje más o se sustituyan los tribunales judiciales por tribunales arbitrales y administrativos, lo que reduciría el poder judicial¹¹⁴.

En este sentido, así como respecto de los litigantes criterios jurisprudenciales claros (precedentes) en materia de admisibilidad, alientan o no la presentación de un tipo de recurso y no otro; el ordenamiento jurídico, con el objeto de beneficiarse de los precedentes y aprovechando que los actores del sistema tienen los incentivos para seguirlo, puede hacer uso de instrumentos complementarios que incentiven su uso, por ejemplo, las reglas de costas, tasas judiciales, el peso relativo que tenga el uso de precedentes en las calificaciones de los jueces, etc.

VI. CONCLUSIONES

En el presente trabajo se analizó en profundidad la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 8372-05, ratificada por la Corte Suprema (Rol N° 965-2006), en que se rechaza un recurso de protección deducido por un apoderado en contra de un colegio particular por expulsar a su hijo de dicho establecimiento; análisis que se realiza desde una doble mirada: tanto su impacto respecto de los principios de una sociedad libre como de las políticas públicas judiciales.

Desde la mirada de la sociedad libre, este fallo fortalece la libertad de enseñanza, y en menor medida, algunas de las otras garantías constitucionales que están en juego. Sin embargo, nos parece que el fortalecimiento es parcial en el sentido siguiente: es fundamental que la jurisprudencia de protección (como parte integrante de la jurisdicción constitucional) desarrolle las garantías constitucionales en profundidad, no solo las invoque.

Es por lo anterior que se analiza, o más bien se propone analizar, el impacto del principio *pacta sunt servanda* en esta sentencia, la que circunscribe al ámbito de lo contractual materias propias del derecho civil más que del constitucional. Por supuesto, no pretendemos por ello proponer que el foro de protección se transforme en uno civil, pero parece una consecuencia directa de las fallas estructurales de la

¹¹⁴ POSNER (2000) p. 509.

acción de protección en los términos que ha desarrollado este artículo, que la controversia analizada es más bien una de carácter contractual y no constitucional. Más aún, parece implícito en el fallo que las partes contratantes –el colegio por una parte y los apoderados por otra– eran plenamente conscientes de lo que suscribían al obligarse recíprocamente, el primero a impartir una determinada enseñanza al menor, y los segundos a pagar por ese producto, aceptando las normas internas de dicho establecimiento, y por ende sancionó conforme al mérito de lo pactado. Obviar aquello no habría sido otra cosa que, desde la perspectiva del recurrente, conseguir defraudar lo contratado entre las partes por medio de mecanismos de protección de garantías constitucionales, y desde la de la Corte, aceptar ser engañado produciendo un efecto contrario a la Norma Constitucional.

Desde la mirada de las políticas públicas, y volviendo sobre el punto mencionado en el párrafo anterior, la sentencia comentada sirve como ejemplo de un debate mucho más complejo: la existencia de una jurisprudencia constitucional que parece entrampada frente al sentido de la acción de protección. En este sentido, nuestro análisis, basado en la evidencia y literatura existente, no debe llevar a la conclusión que la jurisdicción constitucional no ha servido, en la práctica, para amparar derechos. Lo que se concluye es que ella no ha discriminado entre derechos constitucionales y derechos no amparados por el texto constitucional. Así, este tipo de jurisdicción no contribuye de modo relevante a explicar el sentido y alcance del texto constitucional, sino que lo que la protección ha hecho es permitir un remedio de urgencia y con carácter provisional frente a actos u omisiones arbitrarios o ilegales. En efecto, ha venido a constituirse como un equivalente funcional de intervenciones jurisdiccionales de restablecimiento del imperio del derecho en el ámbito de las relaciones privadas, cuando en ellas se verifica un acto ilegal o arbitrario que afecta un derecho subjetivo indubitable. Así, en el campo civil, ha venido a cumplir un rol de emergencia que no estaba cumpliéndose por falta de figuras suficientes o escasa recurrencia de las existentes. En lo contencioso administrativo ha representado un control de legalidad *a posteriori* de los actos de la administración. En ninguno de los dos planos ha desarrollado el significado del texto constitucional, que es el bien público que debe generar una efectiva jurisdicción constitucional¹¹⁵.

¹¹⁵ VARGAS Y OTROS (2001) p. 68.

Este abuso del recurso de protección, no solo implica un atentado contra el derecho de tutela efectiva –la utilización de los tribunales como meros controladores de la legalidad objetiva–, sino que además tiene el efecto perverso de desdibujar completamente a los derechos fundamentales.

Lo anterior es por supuesto un llamado a seguir con los procesos de reforma judicial en marcha, sumado por cierto a perfeccionamientos que tiendan al uso racional del recurso de protección y la jurisdicción constitucional, cuestión que creemos puede ser alcanzada ya sea mediante reformas legales o el desarrollo de estándares jurisprudenciales. De lo contrario, se seguirá haciendo uso y abuso de una acción (protección) y un foro (constitucional, aunque radicado en los tribunales superiores de justicia) que debe ser eficiente en el uso de sus recursos para hacerse cargo de aquellas materias (controversias jurídicas) que son las requeridas por la sociedad: la protección e interpretación de los derechos y libertades que garantiza la Carta Fundamental a las personas.

En efecto, si la función más propia de la jurisdicción constitucional consiste en el desarrollo y vigencia de derechos fundamentales y de su protección en contra de la voluntad de la mayoría, es indispensable, en primer lugar, que la jurisdicción constitucional –a diferencia de lo que hoy ocurre con la jurisprudencia de protección– debe de configurar un contenido propio de los derechos constitucionales, capaz de amparar a estos en su especificidad. En segundo lugar, la justicia propiamente constitucional requiere configurar jurisprudencia y particularmente una que permita dar un significado más específicos a los derechos garantizados en la Constitución. Esto es fundamental, puesto que, como se ha dicho en este documento en forma reiterada, la Constitución no solo se propone crear, instituir y vincular los poderes públicos en el orden político sino, además, asigna, reconoce o distribuye ciertas inmunidades o espacios de autonomía a favor de los individuos, que podemos denominar derechos fundamentales¹¹⁶. Los derechos fundamentales designan así,

¹¹⁶ El recurso tiene la función de amparar a los individuos cuando se violentan estas inmunidades. Hay que poner de relieve que en algunas sociedades –pocas– se ha asentado la idea de que los individuos poseen una esfera de inmunidad o de autonomía para determinar aspectos claves de sus vidas. El medio más eficaz para realizar esta idea ha sido reconocer ciertos derechos a los individuos en un texto constitucional e institucionalizar su aseguramiento. La idea de derecho fundamental surgió precisamente para poner límite al poder político, la principal amenaza para el ideal de que los individuos conduzcan algunas esferas de sus vidas (si le hacemos más

en mayor o menor grado, un conjunto de bienes “indisponibles” para el poder político o público, articulando espacios que permiten a cada individuo desarrollar autónomamente la vida conforme a las valoraciones que escoja en aspectos decisivos de la existencia. Los derechos se reconocen y aseguran por la Constitución a los individuos para cuestiones decisivas de sus vidas y, en este sentido, frenan o “limitan” a los poderes. El recurso de protección es justamente un mecanismo para que los individuos soliciten a la jurisdicción constitucional el amparo de esos derechos de cara a determinadas posiciones o situaciones¹¹⁷.

Finalmente, es necesario favorecer un mayor respeto del precedente, de modo que su modificación sea un acto excepcional, consciente y expresamente razonado. Así, si la comunidad jurídica está en la búsqueda de criterios explícitos *ex ante* para las partes litigantes en materia de admisibilidad de la acción de protección y estándares de prelación de las garantías constitucionales, el uso de precedentes parece una respuesta menos costosa para el sistema jurídico, tanto en términos de certeza jurídica como de la asignación óptima del bien “justicia constitucional”, sistema que pudiera desarrollarse como una práctica legal generalizada de la comunidad jurídica (de abajo hacia arriba) ó mediante su imposición a través de reformas legales expresas (de arriba hacia abajo).

caso a Locke que a Hobbes). Esta idea de derechos que la filosofía política ha conectado con una esfera individual autónoma, límite al poder político, es fecunda para la teoría y la dogmática constitucional. Si los derechos son límite o freno al poder estatal, la Constitución que los contiene ysegura no es solo un derecho “para la política” sino que es además, un derecho “acerca o sobre la política”, ya que define espacios vedados a la injerencia del poder público. GÓMEZ (2005) p. 29.

¹¹⁷ GÓMEZ (2005) pp. 30-31.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRADE, Carlos (1971, 2^a Ed.): *Elementos de Derecho Constitucional Chileno* (Editorial Jurídica de Chile).
- ATRIA, Fernando (2004): "Derechos Reales" en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003* (UAI).
- BAIRD, Douglas, PICKER, Randal y GERTNER, Robert (1994): *Game Theory and the Law*, (Harvard University Press).
- BANDEIRA DE MELLO, Celso (1978): "El Contenido Jurídico del Principio de Igualdad" en *Anuario de Derecho Administrativo* (Universidad de Chile).
- BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA, María Pía (2004): "La igualdad ante la ley" en *Actas de XXXIV Jornadas de Derecho Público* (Lexis Nexis).
- BLACK'S LAW DICTIONARY (2001, 2^a Ed.) (West Group).
- CALVES, Gwénaele (1998) "L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis" en *Bibliothèque constitutionnelle et de Science politique* (tome 86). También Revue Tocqueville/The Tocqueville Review XIX, 2, pp. 167-177.
- CEA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías* (Ediciones Universidad Católica de Chile).
- COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN: Actas Oficiales.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas (2002): *Derecho y Economía* (Fondo de Cultura Económica).
- CORREA, RODRIGO (2004): "Derechos Constitucionales" en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003* (UAI).
- (2006) "Sobre la Libertad de Enseñanza y Derecho a la Educación", en Boletín UAI News (Viernes 2 de junio). Disponible en línea en http://www.uai.cl/p4_home/site/pags/20060602132421.html (sitio consultado en enero de 2007).
- Cousu, Javier (2001): *Informe final. Consultoría sobre el estudio de las bases técnicas de una acción de protección jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales de la infancia* (Documento inédito).
- COVARRUBIAS, Ignacio (2002): "Vigencia de la Libertad de Enseñanza" en *Corriente de Opinión* (Fundación Chile Unido).
- DAM, Kenneth (2006): "The Judiciary and Economic Development", *The University of Chicago Law and Economics Working Paper*, No. 287. Disponible en línea en: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>
- DAHL, Robert (1957): "Decision-Making in a Democracy: The Role of the Supreme Court as a National Policy-Maker," 6 *Journal of Public Law* 279.
- EPSTEIN, Lee and KNIGHT, Jack (1998): *The Choices Justices Make* (Congressional Quarterly).
- FERMANDOIS, Arturo (2001) "La Igualdad y la no Discriminación Arbitraria en la Constitución" en *Apuntes de clase de curso de Derecho Constitucional* (P. Universidad Católica de Chile).

- (2001): "Derecho Constitucional Económico" en *Apuntes de Clase para el curso de Derecho Constitucional* (P. Universidad Católica de Chile).
- (1997): "El Debido y su Dimensión Meta Legal", 203 *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (septiembre).
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2003): "Cuestiones constitucionales en torno del Código Procesal Penal" en *Documentos de Trabajo* Nº 57 (Universidad de los Andes).
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2005): "La libertad de enseñanza ante el Tribunal Constitucional" en *Estudios de Derecho Actual* (Universidad de los Andes).
- GÓMEZ BERNALES, Gastón (2005): *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección* (Ediciones Universidad Diego Portales).
- GUZMÁN, Eugenio (2001): *Apuntes de clases del curso Legislación y Políticas Públicas*, Instituto de Ciencias Políticas (P. Universidad Católica de Chile).
- HAYEK, Friedrich (1960): *The Constitution of Liberty* (The University of Chicago Press).
- HUA, Xinyu y SPIER, Kathryn (2004): "Information and Externalities in sequential litigation", *NBER Working Paper* No. 10943. Disponible en línea en <http://www.nber.org/papers/w10943>
- HUESBE, Marco (2005): "La irrevocabilidad del pacto en autores protestantes franceses del siglo XVI" en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Nº 27.
- KOOPMANS, Tim (2003): *Courts and Political Institutions: A Comparative View* (Cambridge, Cambridge University Press).
- LANDES, William (1971): "An Economic Analysis of the Courts", *Journal of Law and Economics*, Vol. 14, pp. 61-107.
- LANDES, William y POSNER, Richard (1976): "Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis", *Journal of Law and Economics*, Vol. 19, pp. 249-307.
- LA PORTA, Rafael, LOPEZ DE SILANES, Florencio, SCHLEIFER, Andrei, VISHNY, Robert (2004): "Judicial Checks and Balances", en *NBER Working Paper* Nº 9775. Disponible en línea en <http://www.nber.org/papers/w9775>
- MCCLOSKEY, Robert (2005): *The American Supreme Court* (University of Chicago Press).
- MURPHY, Walter F. (2002): *Courts, Judges & Politics* (McGraw Hill).
- NOGUEIRA, Humberto (2000): "El Derecho de Amparo o Protección de los Derechos Humanos en Chile. Evolución y Perspectivas," en Nogueira, Humberto (ed.): *Acciones Constitucionales de Amparo y Protección. Realidad y Prospectiva en Chile y América Latina* (Lom Ediciones).
- POLINSKY, Mitchell (1989, 2º Ed.): *An Introduction to Law and Economics* (Aspen).
- POSNER, Richard (1973): "An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration" en *Journal of Legal Studies*, Vol.2, pp. 399-458.
- (1993): "What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)", *Supreme Court Economic Review*, Vol.3, pp. 1-41.
- (2000): *El análisis económico del derecho* (Fondo de Cultura Económica).
- (1981): *The Economics Of Justice* (Harvard University Press).

- PROYECTO EDUCATIVO COLEGIO CRAIGHOUSE (agosto de 2002). Disponible en línea en http://www.emol.com/especiales/colegios/C_particulares/Craighouse2.doc (sitio consultado en enero de 2007).
- QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario (2004): *Tratado de Derecho Constitucional, tomo II* (Lexis Nexis).
- ROSENBERG, Gerald (1992): "Judicial Independence and the Reality of Political Power," 54 *Review of Politics* 369.
- SCHLESINGER, Rudolf (1998, 6^a Ed.) *Comparative Law* (Foundation Press).
- SHAVELL, Steven (2004): *Foundations of Economic Analysis of Law* (Harvard University Press).
- SORENSEN, Max (1973): *Manual de Derecho Internacional Público* (Fondo de Cultura Económica).
- SOTO KLOSS, Eduardo (1982): *El Recurso de Protección* (Editorial Jurídica) VÉLEZ DE LA CALLE, Claudia (2004) *La libertad de enseñanza en un contexto intercultural, su dialogicidad y sus retos en la globalidad* (Facultad de Educación. Fundación Universitaria Luis Amigó FUNLAM-Colombia). Disponible en línea en http://www.aulaintercultural.org/article.php3?id_article=423 (sitio revisado en enero de 2007).
- SUNSTEIN, Cass (2004): "Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation," 90 *Virginia Law Review* 301.
- TSCHORNE, Samuel y CORREA, Rodrigo (2004): "Derecho Administrativo" en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003* (UAI).
- VARGAS, Juan Enrique, PEÑA, Carlos y CORREA, Jorge (2001): *El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia*, (Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico Escuela de Derecho UDP Nº 42).
- VERGARA, Alejandro (1991-1992): "La propietarización de los derechos" en XIV *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* (UCV).
- VERGARA, Rocío (2006): "Jurisprudencia constitucional sobre la libertad de Enseñanza y el derecho a la educación" en CORREA, Sofía y RUIZ-TAGLE, Pablo: *Reformas al Sistema Educacional Chileno*. Disponible en línea en: http://www.derecho.uchile.cl/noticias/2006/septiembre/archivo/reformas_al_sistema_educacional_chileno.pdf (consultado en enero de 2007).
- VILLAGRA, Gastón (2005): "El debido proceso y la prueba ilícita: algunas consideraciones en Torno al derecho constitucional y el nuevo sistema procesal penal" en II *Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile).
- VIVANCO, Ángela (2006) *Curso de Derecho Constitucional, Tomo II* (Ediciones Universidad Católica de Chile).

Aplicación del Derecho Internacional al caso *Choshuenco*: Legalidad y seguridad jurídica vulneradas

HERNÁN SALINAS BURGOS

Director Departamento Derecho Internacional, Universidad Católica de Chile
Profesor Facultades de Derecho, Universidad de Chile y Universidad de los Andes

RESUMEN

En este comentario se analiza la sentencia Rol N° 559/2004 de la Corte Suprema, de fecha 13 de diciembre de 2006, la cual al acoger un recurso de casación en el fondo, aplica principios y normas del Derecho Internacional, declarando en su base el carácter imprescriptible de ciertos delitos cometidos en diciembre de 1973. El trabajo a través de una revisión de los tratados, la costumbre y la jurisprudencia internacional discute la procedencia en el caso de delitos internacionales como los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, el carácter imprescriptible e inamnistiable de estos tipos penales y su relación con los principios de legalidad y seguridad jurídica. Asimismo, se estudia en relación con la sentencia analizada, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Luis Almonacid", citada como precedente, considerando tanto los aspectos de jurisdicción relativos a la declaración de limitación de la competencia de la Corte efectuado por Chile, como de fondo en lo que se refiere al Decreto Ley de Amnistía de 1978. En sus conclusiones el artículo señala que tanto la Corte Suprema como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han efectuado una interpretación errónea y abusiva del Derecho Internacional, vulnerando principios fundamentales del Estado de Derecho y, por tanto, de una sociedad democrática libre, resultando también afectada seriamente la credibilidad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

SUMARIO

I. Introducción. II. El Fallo de la Corte Suprema. 2.1 Antecedentes. 2.2 El derecho internacional humanitario es solo aplicable en una situación de conflicto armado. 2.3 El derecho internacional humanitario en su aplicación se encuentra sujeto a una distinción *ratione materiae*. 2.4 La declaración del carácter imprescriptible del delito imputado: una calificación de *lex ferenda*. 2.5 Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos invocadas no tienen valor de precedente. III. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las ramas del Derecho que ha tenido una mayor evolución es el Derecho Internacional. En efecto, fruto del desarrollo del proceso de interdependencia entre los Estados e intensificado por la

globalización que hoy día caracteriza a la sociedad internacional, el Derecho Internacional de tener por objeto el solo regular las relaciones y distribución de competencias interestatales, ha agregado a esta función clásica, la de la cooperación internacional, en muchos casos institucionalizada.

Estas nuevas funciones han significado que este proceso de cooperación internacional se extienda también a la protección de los derechos de la persona, irrumpiendo, por tanto, esta como sujeto de Derecho Internacional y teniendo por consecuencia, el nacimiento de nuevas ramas del referido ordenamiento jurídico, como por ejemplo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho de Protección del Inversionista Extranjero, entre otros; caracterizados por establecer un conjunto de normas de carácter internacional cuyo objeto es establecer derechos y obligaciones para los individuos.

De esta manera, el ordenamiento jurídico interno ha pasado a ser permeado por este conjunto de normas internacionales, de carácter convencional o consuetudinario, las cuales se han incorporado a la normativa interna, siendo aplicadas e interpretadas por los tribunales de justicia, los órganos legislativos y las autoridades administrativas de los Estados.

A este proceso de carácter mundial se han ido sumando en forma lenta pero creciente nuestros tribunales superiores de justicia y, en particular, la Corte Suprema, aplicando e interpretando en sus fallos normas y principios de Derecho Internacional. Esta tendencia ha sido particularmente relevante en materia de procesos criminales entablados por presuntas violaciones a los derechos humanos ocurridos durante el Gobierno Militar (1973-1990).

La pregunta que surge y que se pretende responder en este trabajo es si en los referidos procesos penales eran realmente aplicables normas del Derecho Internacional o bien, si esas normas de ser aplicables han sido correctamente aplicadas e interpretadas. La respuesta a esta pregunta es crucial en el sentido que ella nos permitirá evaluar si la aplicación del Derecho Internacional en estas situaciones se ha ajustado a los principios que hacen efectivo el Estado de Derecho, como son el de la seguridad y certeza jurídica, legalidad, irretroactividad de las leyes, etc.

Con este objeto, tomaremos como punto de análisis la sentencia dictada por la Corte Suprema, el día 13 de diciembre de 2006, Rol N° 559/2004, conociendo del recurso de casación en el fondo inter-

puesto en el denominado caso “*Choshuenco*”, fallo en el cual conjuntamente con aplicar normas del Derecho Internacional se ha recurrido como precedentes determinantes a jurisprudencia internacional, particularmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que en lo pertinente también será necesario analizar.

II. EL FALLO DE LA CORTE SUPREMA

2.1 Antecedentes

Con fecha 7 de agosto de 2003, el Juzgado del Crimen de Mariquina, en causa Rol N° 23.375, declaró prescrita la acción penal para perseguir la responsabilidad de los carabineros Paulino Flores Rivas, Rufino Rodríguez Carrillo y Hernán Salas Alarcón, los dos primeros como autores y este último como encubridor, en el homicidio premeditado de los miembros del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), Hugo Rival Vásquez Martínez y Mario Edmundo Superby Jeldres, ocurrido la noche de 23 de diciembre de 1973 en el fundo Molco de Choshuenco, comuna de Panguipulli.

Apelado este fallo, la Corte de Apelaciones de Valdivia, por resolución de fecha 7 de enero de 2004, confirmó la sentencia de primera instancia, modificándola en el sentido de absolver a Hernán Salas Alarcón de su responsabilidad como encubridor del delito antes mencionado.

La Segunda Sala de la Corte Suprema, recurrida de casación en el fondo, por sentencia de fecha 13 de diciembre de 2006, revocó la sentencia apelada en cuanto se condenó a los acusados Paulino Flores Rivas y Rufino Rodríguez Carrillo como autores del delito de homicidio calificado de Hugo Rival Vásquez Martínez y Mario Edmundo Superby Jeldres.

Cabe señalar, como veremos a continuación, que el recurso, acogiendo en general las alegaciones de los recurrentes, fundamentó su decisión en normas y principios del Derecho Internacional que declararían imprescriptible el delito cometido, por su carácter de crimen de guerra y de crimen contra la humanidad.

2.2 El derecho internacional humanitario es solo aplicable en una situación de conflicto armado

Una primera cuestión que surge de esta sentencia de la Corte Suprema es la de la aplicabilidad de las normas del Derecho Internacio-

nal Humanitario definido como el conjunto de normas internacionales de origen convencional o consuetudinario, destinados a ser aplicadas durante los conflictos armados internacionales y no internacionales, cuyo objeto es la protección de las víctimas de esos conflictos armados y la limitación de los medios y métodos de conducción de las hostilidades.

De la definición expuesta surgen dos características fundamentales de esta rama del Derecho Internacional; la primera, que sus normas son solo aplicables en situación de un conflicto armado y, la segunda, que esos conflictos pueden ser de carácter internacional o internos.

El tema es relevante dado que la sentencia declara la aplicabilidad en el caso en cuestión de los Convenios de Ginebra de 1949, instrumentos principales del Derecho Internacional Humanitario y vigentes en Chile¹, en razón de que los hechos de la causa se perpetraron y consumaron durante la vigencia del Decreto Ley N° 5, de 12 de septiembre de 1973, “vale decir, cuando el territorio nacional se encontraba jurídicamente en estado de guerra interna”². Con ello, la Corte Suprema modifica una vez más una jurisprudencia que había mantenido inalterable hasta el año 2004³.

¹ El 12 de agosto de 1949, a instancias del Comité Internacional de la Cruz Roja, se aprobaron en Ginebra cuatro tratados internacionales en materia de Derecho Internacional Humanitario que codificaron y desarrollaron progresivamente esa rama del Derecho Internacional, a la luz, principalmente, de lo ocurrido en la Guerra Civil de España (1936-1939) y en la Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Estos tratados son:

- 1) Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña (Convenio I);
- 2) Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las Fuerzas Armadas en el mar (Convenio II);
- 3) Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III);
- 4) Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV).

Estos instrumentos internacionales fueron ratificados por Chile, el 12 de octubre de 1950, siendo publicados en el Diario Oficial de fechas 17 al 20 de abril de 1951.

² Considerando 1º de sentencia de reemplazo.

³ En sentencia de fecha 17 de noviembre de 2004, Rol N° 517-2004, conociendo de un recurso de casación en la forma y en el fondo, en el denominado “*Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez*”, la Corte Suprema declaró la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra de 1949 a la situación existente en Chile en el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1975 en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley N° 5 de 1973 y Decreto Ley N° 641 de 1974. Posteriormente, la misma Corte Suprema, en sentencia de fecha 4 de agosto de 2005, Rol N° 457-2005, conociendo de un recurso de casación en el fondo, en el denominado “*Caso del Coronel Joaquín León Rivera González*” volvió a la doctrina anterior de no aplicabilidad de los Convenios de Ginebra de 1949.

El artículo 1º del referido Decreto Ley señala: “Declárase interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio declarado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse “estado de guerra” para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en general, para todos los demás efectos de dicha legislación”⁴.

Ahora bien, la doctrina más autorizada, proveniente del Comité Internacional de la Cruz Roja, definido por los Convenios de Ginebra de 1949 como “intermediario neutral” y al cual dichos instrumentos le confieren importantes funciones en situaciones de conflicto armado, ha señalado que la aplicabilidad de las normas de dichos tratados y, en particular, las relativas a un conflicto armado interno, surge de la existencia de situaciones objetivas, los cuales se deducen de elementos o criterios fácticos y no de elementos subjetivos, como sería el reconocimiento o declaración de las partes en conflicto.

Estos criterios serían los siguientes:

- 1) Que la parte en rebelión contra el Gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado y tenga los medios para respetar y hacer respetar los Convenios;
- 2) Que el Gobierno legítimo esté obligado a recurrir al ejército regular para combatir a los insurrectos, que han de estar organizados militarmente y disponer de una parte del territorio nacional;
- 3) Que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes o bien solamente con miras a la aplicación de los Convenios;
- 4) Que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de una amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión;

⁴ El artículo 418 del Código de Justicia Militar prescribe: “Para los efectos de este Código, se entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no solo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiera decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”.

- 5) Que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado;
- 6) Que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional;
- 7) Que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y estén dispuestas a conformarse a las leyes y costumbres de la guerra; y
- 8) Que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio.

Conjuntamente con fijar dichos criterios el COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA ha señalado:

“De manera general, hay que admitir que los conflictos a los que se refiere el artículo 3º (líase internos) son conflictos armados caracterizados por hostilidades en las que se enfrentan fuerzas armadas. En suma, nos encontramos ante un conflicto que presenta muchos de los aspectos de una guerra internacional, pero que se libra en el interior de un mismo Estado. En muchos casos, cada una de las dos partes están en posesión de una parte del territorio nacional y, a menudo, existe alguna forma de frente”⁵.

En 1977, se aprobaron dos instrumentos internacionales que desarrollaron las normas establecidas en los Convenios de Ginebra de 1949, el Protocolo Adicional I, relativo a los conflictos armados internacionales, y el Protocolo Adicional II, relativo a los conflictos armados sin carácter internacional, ambos vigentes en Chile.

El Protocolo Adicional II aplicable solo a los conflictos armados internos de alta intensidad⁶, delimita entre una situación de conflicto armado interno regulado por el Derecho Internacional Humanitario y situaciones de violencia en que esa rama del Derecho Internacional no es aplicable.

En efecto, el N° 2 del artículo 1º del referido Protocolo establece: “El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos

⁵ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1949) p. 37.

⁶ El artículo 1º N° 1 del Protocolo II establece que es aplicable a los conflictos armados “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados”.

El COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA ha dado el siguiente concepto de disturbios interiores y de tensiones internas:

“La noción de disturbios interiores y de tensiones internas puede ilustrarse mediante una lista no restrictiva de ejemplos de esas situaciones: los motines, como manifestaciones que no tienen un propósito inicial concertado; los actos aislados y esporádicos de violencia, por oposición a las operaciones militares realizadas por fuerzas armadas o grupos armados; otros actos análogos, que abarcan, en particular, las detenciones masivas de personas a causa de sus actos o de sus opiniones, etc.”⁷.

Específicamente, refiriéndose a los disturbios interiores, ha señalado:

“Se trata de situaciones en las que sin que haya, propiamente hablando, conflicto armado sin carácter internacional, existe sin embargo a nivel interior, un enfrentamiento que presenta cierto carácter de gravedad o de duración y que da lugar a la realización de actos de violencia. Estos últimos pueden tener formas variables, que van desde generación espontánea de actos de sublevación hasta la lucha entre grupos más o menos organizados y las autoridades que ejercen el poder. En estas situaciones, que no degeneran forzosamente en lucha abierta, las autoridades que ejercen el poder apelan a cuantiosas fuerzas de policía o bien a las fuerzas armadas para restablecer el orden interno”⁸.

En relación a las tensiones internas, dicho Comité señala:

“En cuanto a las tensiones internas, puede decirse que se trata, en particular, de situaciones de tensión grave (política, religiosa, racial, social, económica, etc.), o también de secuelas de un conflicto armado o de disturbios interiores. Esas situaciones presentan alguna de las siguientes características, si no todas a la vez: detenciones masivas; un elevado número de detenidos “políticos”; probables malos tratos o condiciones inhumanas de detención; suspensión de las garantías judiciales fundamentales, sea por la promulgación de un estado de emergencia, sea por una situación de hecho; denuncia de desaparición de personas”⁹.

Los criterios anteriores en materia de lo que significa un conflicto armado interno, han sido reiterados en la jurisprudencia del vigente Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para conocer de las violaciones al

⁷ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1977) par. 4474.

⁸ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1979).

⁹ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1977) par. 4476.

Derecho Internacional Humanitario ocurridos en el conflicto armado que se desató en dicho país a partir de 1991¹⁰.

Así, en el Asunto “*Tadic*”, la Sala de Apelaciones del citado Tribunal internacional, al pronunciarse sobre su competencia afirmó que un conflicto armado existe siempre que haya un recurso a la fuerza armada entre Estados o un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos organizados o entre estos grupos en el seno del Estado. Añadiendo que para que unas “hostilidades puedan considerarse como conflicto armado, es necesario que tengan un nivel de intensidad suficiente”, es decir un conflicto prolongado y en gran escala¹¹.

Estos criterios son reafirmados en el mismo caso por la Sala de Primera Instancia II, al pronunciarse sobre el fondo, agregando que en un conflicto armado interno, los referidos criterios sirven para distinguir un conflicto armado del bandidaje, de insurrecciones no organizadas y de corta duración o de actividades terroristas¹².

De esta manera, tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional han confirmado el carácter objetivo de la determinación de la existencia de un conflicto armado interno y, por tanto, de la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en este tipo de situaciones, con independencia de elementos subjetivos.

Es en el contexto expuesto, que a mi juicio, debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 418 del Código de Justicia Militar en relación con lo establecido en el Decreto Ley Nº 5 de 1973.

Al respecto, es interesante citar lo que ya la propia Corte Suprema había señalado en uno de los considerandos de su sentencia en la causa Rol Nº 5566 de 1995:

“11. Que de la lectura de disposición antes reproducida, y de los considerandos del precitado decreto ley Nº 5, se colige que dicho precepto interpreta el artículo 418 del Código de Justicia Militar para el solo efecto de aplicar la legislación de tiempo de guerra, sin que en realidad concurrieran los presupuestos de un conflicto bélico como al que se hace mención en los Convenios de Ginebra. Lo que ocurre, es que las autoridades de la

¹⁰ El Tribunal para la ex Yugoslavia fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas mediante Resolución Nº 827, de fecha 25 de mayo de 1993, para conocer de las graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario ocurridas en el territorio de la antigua República Federal de Yugoslavia desde el año 1991.

¹¹ Caso “*Tadic*” (2 de octubre de 1995) par. 70 (Nº IT-94-1-AR72).

¹² Caso “*Tadic*” (7 de mayo de 1997) par. 562.

época, al concentrar amplias potestades-constituyentes y legislativas- resolvieron enfrentar la situación de conmoción interna con especial rigurosidad para reprimir y sancionar con una mayor penalidad los delitos contra la seguridad interior del país declarando el estado de sitio por la causal de guerra interna, entre otras razones, para activar la jurisdicción militar de tiempos de guerra. Por ello no se puede estimar fundadamente que a la época de la comisión del delito existiera efectivamente en el territorio nacional un conflicto bélico entre fuerzas contendientes de aquellas a las que aluden los Convenios de Ginebra".

2.3 El derecho internacional humanitario en su aplicación se encuentra sujeto a una distinción *ratione materiae*

Si de acuerdo a lo expuesto, la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario a las presuntas violaciones a los derechos humanos ocurridos durante el Gobierno Militar es difícilmente justificable, la forma en que la Corte Suprema ha efectuado dichas normas es absolutamente contraria a las reglas del Derecho Internacional.

En efecto, la sentencia de la Corte Suprema en análisis, al igual como ya lo había hecho este propio tribunal en el denominado "*Caso Sandoval*", no distingue entre las reglas que regulan un conflicto armado interno de las que regulan un conflicto armado internacional, sino que hace aplicable simultáneamente ambos regímenes, al por un lado fundamentar la sentencia en las disposiciones del artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949¹³

¹³ El artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 establece:

"En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, las torturas y los suplicios;

b) la toma de rehenes; los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

c) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

y, por otra parte, dar a la infracción de las prohibiciones contempladas en dicha disposición, el carácter de “infracción grave” o “crimen de guerra”, cuyo régimen se encuentra previsto en la normativa relativa a los conflictos armados internacionales.

En efecto, el Derecho Internacional Humanitario expresado fundamentalmente en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos Adicionales de 1977, establece un régimen jurídico que distingue entre normas aplicables en los conflictos armados internacionales y normas aplicables en los conflictos armados internos.

Esta distinción aparece claramente manifestada en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, al establecer una normativa muy desarrollada para los conflictos armados internacionales, y un régimen mínimo aplicable a los conflictos armados internos contenido en el artículo 3º común a dichos Convenios; situación que se reafirmó con la aprobación de dos Protocolos adicionales en 1977, distintos para cada una de las situaciones de conflicto armado descrita.

El artículo 3º ha sido llamado el “microcosmos” de las Convenciones, una suerte de Convención en miniatura. Ello quiere decir que posee un ámbito de aplicación propio: si se aplica el artículo 3º no se aplica el resto de las Convenciones, si se aplican las Convenciones no se aplica el artículo 3º. Esto es sin perjuicio que por un acuerdo especial, como lo dice expresamente esta última disposición, se pueda colocar, en el caso de un conflicto armado interno, por acuerdo entre las partes en vigor las demás o parte del resto de los Convenios.

Uno de los aspectos en que se expresa esta distinción de régimen jurídico, es en lo que se refiere a los efectos que acarrea la violación de sus normas en cada uno de estos conflictos.

Así, en relación a los conflictos armados internacionales, los Convenios de Ginebra de 1949 establecen el concepto de “infracciones graves”¹⁴ equiparado al de “crimen de guerra” en el artículo 85 del Protocolo I de 1977, caracterizado por dar lugar al principio de la

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

¹⁴ Artículos 50 (Convenio I), 51 (Convenio II), 130 (Convenio III) y 147 (Convenio IV).

responsabilidad penal individual, que coexiste con el principio de la responsabilidad internacional de Estado y, por otra parte, el principio de “extraditar o juzgar”.

En una situación de conflicto armado internacional, el no respeto de las obligaciones de comportamiento calificadas de “infracciones graves” aca-rraea una responsabilidad de carácter penal al individuo, atribuida directamente por el Derecho Internacional y obliga al Estado a juzgar o extraditar, sin que sea necesario la existencia de un vínculo de jurisdicción.

Por el contrario, del examen del artículo 3º común de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional II de 1977, fluye que estos instrumentos internacionales no contienen elemento incriminatorio específico de las violaciones de las normas que dictan. De hecho en el artículo 3º común nada se dice al respecto y en el Protocolo II no se prevé régimen alguno equiparable al de las infracciones graves en los conflictos armados internacionales. Es así como respecto de los conflictos armados internos no se contemplan expresamente las bases para la criminalización de las conductas ni la jurisdicción universal sobre los individuos penalmente responsables. Aún más, si consideramos a las infracciones cometidas durante un conflicto armado interno como un crimen bajo el Derecho Internacional, de ello no podemos deducir de acuerdo a las disposiciones de los Convenios, que den origen a responsabilidad penal internacional, sujeto al régimen de “juzgar o extraditar” de las “infracciones graves” de los conflictos armados internacionales.

Esta interpretación ha sido corroborada tanto por la doctrina autorizada del Comité Internacional de la Cruz Roja, de Naciones Unidas y por la jurisprudencia internacional.

En el **INFORME DEL SECRETARIO GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS**, de fecha 3 de mayo de 1993, en que se formulan comentarios al proyecto de Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, que tan solo se refiere a los conflictos armados internacionales a través de un artículo relativo a las infracciones graves contra los Convenios de 1949, se señala que la definición de crímenes internacionales que se establece en dicho Estatuto, fue deliberadamente restringido a aquellas reglas del Derecho Internacional Humanitario, que sin ninguna duda son parte del Derecho Consuetudinario¹⁵.

¹⁵ NACIONES UNIDAS (1973) párrafos 34 y 37.

Para el COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: “según la letra de las Convenciones de Ginebra y el Protocolo Adicional I, las obligaciones que se derivan de la institución de la responsabilidad penal internacional de los autores de ciertas violaciones al Derecho Internacional Humanitario, solo existen en el caso de un conflicto armado internacional”¹⁶, criterio corroborado por su asesora jurídica, Dennis PLATTNER al decir: “El Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales no establece en estas situaciones el principio de la responsabilidad penal internacional”¹⁷.

El Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia recoge también esta dicotomía, entre los conflictos armados internacionales y los conflictos armados internos. En efecto, las disposiciones sobre crímenes de guerra que establece el citado Estatuto, tiene su base en las normas relativas a los conflictos armados internacionales, no existiendo ninguna referencia al artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949 como tampoco al Protocolo Adicional II de 1977.

Al respecto, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, en el ya citado fallo sobre competencia en el Caso “*Tadic*”¹⁸, ha señalado que “dada la evolución actual del derecho, el artículo 2º del Estatuto (que versa sobre las infracciones graves) solo es aplicable a los crímenes cometidos en el contexto de los conflictos armados internacionales”.

De esta manera, la Sala de Apelaciones del referido Tribunal concluye con respecto al citado artículo 2º, que el régimen de infracciones graves al cual se remite, se limita a las personas y a los bienes protegidos por los Convenios de Ginebra y no ha de considerarse aplicable a las situaciones reguladas por el artículo 3º común de dichos Convenios¹⁹.

Por último, si bien es cierto que el Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda, creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas²⁰, expresamente le otorga jurisdicción al tribunal para juzgar

¹⁶ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1995) tema 4, p. 4.

¹⁷ PLATTNER (1990) pp. 409-10.

¹⁸ Caso *Tadic*, par. 84.

¹⁹ Ídem.

²⁰ El Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por resolución 955 de fecha 8 de noviembre de 1994 para conocer de las graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de Ruanda entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.

individuos en virtud de infracciones al artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949, ello fue descrito por el Secretario General de las Naciones Unidas como una innovación, en que por primera vez se criminaliza por una norma internacional el referido artículo 3º común y sin que ello se considere que por la vía de la costumbre se haya dado origen a responsabilidad penal individual por la comisión de esos crímenes²¹.

De los antecedentes expuestos, se concluye en la aplicación errada que la Corte Suprema, en la sentencia en análisis, ha efectuado de las normas del Derecho Internacional Humanitario, al no efectuar la referida distinción *ratione materiae* y, por tanto, no considerar que en el régimen jurídico aplicable a los conflictos armados internos no existe la figura de las infracciones graves o crímenes de guerra, caracterizado por el principio de responsabilidad penal internacional del individuo y el principio de jurisdicción universal. Asimismo, debe considerarse la inexistencia de acuerdo especial que haya hecho aplicable a la situación chilena de la época parte o la totalidad de las demás disposiciones de los Convenios de Ginebra y, de esta manera, tampoco de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3º común, haberse modificado el estatuto jurídico de las partes en conflicto, lo que descarta la aplicación del estatuto de prisioneros de guerra, solo aplicable en los conflictos armados internacionales.

2.4 La declaración del carácter imprescriptible del delito imputado: una calificación de *lex ferenda*

Al calificar el delito imputado como una infracción grave o crimen de guerra, la sentencia de la Corte Suprema en análisis ha concluido su carácter de imprescriptible de conformidad con el Derecho Internacional.

Para ello, la sentencia invoca principalmente la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968 no ratificada por Chile.

Si bien la sentencia reconoce que el referido instrumento internacional no puede ser invocado como tratado internacional al no encontrarse en vigor en Chile, le atribuye el carácter de tratado declarativo de una costumbre internacional existente y, por esa vía, aplicable al caso en cuestión.

²¹ Naciones Unidas (1995) p. 4.

Diffícilmente de acuerdo a lo expuesto, podríamos considerar el carácter declarativo de la referida Convención, si consideramos que solo ha sido ratificada, a la fecha, por 45 Estados de una comunidad internacional de casi 200 Estados y, más aún, que solo estaba ratificada por 15 Estados²², a la fecha de ocurrencia del delito imputado en la sentencia de la Corte Suprema.

De esta manera, no podríamos estimar que el referido instrumento internacional, hoy y al momento de ocurrencia del delito imputado, deba ser estimado como declarativo de una costumbre internacional, constituida por una práctica general de la comunidad internacional con la convicción de que ella responde a una obligación jurídica (*opinio iuris*). Tampoco dado el número escaso de Estados latinoamericanos partes a la época (Cuba), podríamos concluir que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra es una costumbre regional latinoamericana, como es el caso de otras instituciones jurídicas, por ejemplo, el asilo político o diplomático.

A su vez, la práctica de los Estados es inconsistente en la materia, como así lo ha señalado el COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA:

“Las legislaciones nacionales varían en materia de prescripción: algunas carecen completamente de ella, otras la aplican a todos los delitos, mientras que otras prevén excepciones a las normas de prescripción con respecto a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad”²³.

Sin perjuicio de precisar, por haber sido ratificados con posterioridad a los hechos motivo de la sentencia en análisis, la no aplicabilidad del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Chile de 1966 y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, debe indicarse que no existen en dichos instrumentos normas que establezcan la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra.

La sentencia en análisis, con fundamento en fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, califica asimismo de “crimen contra la humanidad” el delito imputado en ella, y de esta manera vuelve a declarar el carácter imprescriptible del delito imputado.

Los crímenes contra la humanidad o de lesa humanidad son definidos como aquellas violaciones a los derechos humanos de carácter grave, masivos y sistemáticas.

²² Albania, Bulgaria, Camerún, Yugoslavia, Cuba, Guinea, India, Kenia, Nigeria, Filipinas, Polonia, Rumania, Unión Soviética, Túnez y Ucrania.

²³ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1977) par. 3420.

A diferencia de lo que ocurre con los crímenes de guerra, no existe a esta fecha ningún tratado internacional sobre la materia en vigor en Chile, remitiéndonos también respecto a los crímenes contra la humanidad a lo ya dicho sobre el valor no declarativo de la costumbre internacional de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968.

Por otra parte, si bien parece discutible que a la época de ocurridos los hechos motivo de la sentencia, tuviera la figura de “crimen contra la humanidad”, el carácter de un crimen internacional integrado en el Derecho Internacional Consuetudinario, atenta contra principios fundamentales del Estado de Derecho, lo dispuesto en el Nº 7 de los considerandos de la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema en el Caso “*Choshuenco*”, que se transcribe:

“7. Que la prohibición de retroactividad, predicada en los códigos penales clásicos, como el nuestro, ha perdido progresivamente vigencia, con la creciente codificación de tipos de derecho penal internacional, como sucede, verbigracia, con los crímenes internacionales declarados imprescriptibles en el artículo 29º del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Tratado de Roma). Es así como en el Derecho Penal Internacional la irretroactividad no puede ser entendida de un modo estrictamente formal, esto es, como un principio que exige un tipo penal escrito al momento de la comisión del hecho, siendo suficiente, para estos efectos, con que la acción penal sea punible según los principios no escritos del derecho consuetudinario. Ello, porque los hechos en cuestión “crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad” ya eran punibles en el momento de cometerse los ilícitos de autos según la costumbre internacional y también acorde al derecho interno, en cuanto homicidios calificados”.

Como lo ha señalado el profesor Álvaro FERNÁNDEZ, el principio de legalidad, al cual volveremos más adelante, es un principio reconocido constitucionalmente y constituye “una exigencia básica del Estado de Derecho”, conforme al cual, “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”²⁴. Asimismo, debe indicarse que el citado Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 no se encuentra vigente en Chile y es muy posterior a la fecha de ocurrencia de los hechos motivo de la sentencia comentada.

²⁴ FERNÁNDEZ (2006) pp. 93-94.

2.5 Las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos invocadas no tienen valor de precedente

2.5.1 Incompetencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La sentencia de la Corte Suprema cita como precedente un conjunto de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Particularmente relevantes son dos de ellas, en virtud de explicitar la referida sentencia algunos de sus considerandos, a diferencia de las demás en que se limita solo a nombrarlas.

Estas dos sentencias son la dictada el 14 de marzo de 2001 en el Caso *“Barrios Altos”* contra Perú²⁵ y la dictada el 26 de septiembre de 2006 en el caso *“Luis Almonacid”* en contra de Chile²⁶.

Respecto de la primera de las sentencias se cita en su párrafo 41 que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”²⁷.

En relación a la segunda de las referidas sentencias, se señala que en ella explícitamente se califica el homicidio perpetrado por agentes del Estado en la persona de Luis Alfredo Almonacid Arellano como un crimen de lesa humanidad, agregando que la prohibición de cometer esta clase de ilícitos “es una norma de *ius cogens* y la penalización de estos delitos es obligatoria”²⁸.

Por razones de carácter metodológico, nos referiremos en primer lugar a la sentencia en el caso *“Luis Almonacid”* dado que la legitimidad de esta sentencia se encuentra fuertemente cuestionada, además de las consideraciones de fondo en ella sostenidas, por las razones que se exponen a continuación.

Una de las características del orden jurídico internacional consiste en el carácter voluntario de la jurisdicción internacional. Esta carac-

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *“Barrios Altos vs. Perú”* (Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75).

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso *“Almonacid Arellano y otros vs. Chile”* (Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154).

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *“Barrios Altos”*, par. 41.

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *“Almonacid”*, par. 99.

terística se manifiesta también en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, donde el referido consentimiento se expresa, ya sea por parte del tratado respectivo (sistema europeo), o bien, requiere de una declaración especial de aceptación de competencia (sistema interamericano).

En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos siguiendo el modelo de la Corte Internacional de Justicia²⁹, estipula que todo Estado Parte puede al momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de este Tratado, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria, de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a su interpretación o aplicación. Esta declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos³⁰.

Así Chile al adherir al referido instrumento internacional, con fecha 21 de agosto de 1990, manifestó que el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se limitaba a los “hechos posteriores a la fecha del depósito del instrumento de ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990”³¹, cuya validez la propia Corte en el caso *“Almonacid”* reconoce³².

Como lo dice la CORTE INTERAMERICANA, la “declaración” efectuada por Chile constituye una limitación temporal al reconocimiento de su competencia y no una “reserva”³³, lo que significa que su alcance y validez se encuentra determinada por la voluntad unilateral de nuestro país manifestada en su texto y por los términos de la disposición convencional en que se fundamenta, no encontrándose, por tanto, condicionada por la aceptación de los demás Estados partes, ni tampoco sujeta a la objeción de dichas partes.

A diferencia de las reservas, la referida “declaración”, constituye dentro de la teoría de las fuentes del Derecho Internacional un acto unilateral del Estado, cuya validez depende de la sola voluntad del Estado del cual emana. El fundamento del reconocimiento de efec-

²⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Artículo 36 (Estatuto).

³⁰ CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Artículo 62.

³¹ Ídem.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *“Almonacid”*, par. 44.

³³ Ídem, par. 43.

tos jurídicos a los actos unilaterales se encuentra en el principio de la buena fe. Sin embargo, dado que estos actos limitan la soberanía de los Estados, sus efectos obligatorios y alcance han de ser apreciados en forma estricta, ya que como bien lo ha señalado la jurisprudencia internacional, las restricciones a la independencia de los Estados no se presumen³⁴.

Pues bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos prescindiendo del texto de la referida declaración, el objeto y fin de ella y la voluntad soberana del Estado formulante, no ha considerado que los hechos que constituyen el origen y fundamento de la demanda, la muerte del señor Almonacid y el Decreto Ley N° 2.191 sobre amnistía, son anteriores a la entrada en vigor del reconocimiento chileno, y se ha atribuido artificiosamente competencia a fin de conocer precisamente esos hechos, determinando que algunas de las violaciones a los derechos humanos que se derivan de dichos hechos, son posteriores a esa fecha (otorgamiento de competencia a la jurisdicción militar en perjuicio de la jurisdicción civil y aplicación de Ley de Amnistía por parte de las autoridades judiciales militares con posterioridad al 21 de agosto de 1990).

De esta manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, excediendo su competencia y desconociendo una declaración soberana de nuestro país, ha intervenido en un asunto de competencia exclusiva de la jurisdicción interna chilena y, por tanto, ha violado uno de los principios rectores que regulan las relaciones internacionales, afectando, asimismo, la credibilidad del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Por otra parte, la Corte no ha respetado en el fallo aludido el principio de la irretroactividad de los tratados contemplado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, declarativa de una norma de Derecho Internacional General, que le prohíbe aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos y declarar una violación a sus normas, cuando los hechos alegados o la conducta del Estado demandado que pudiera implicar responsabilidad internacional, son anteriores al reconocimiento de la competencia del Tribunal³⁵.

³⁴ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL Caso “*Lotus*” (sentencia de 7 de septiembre de 1927).

³⁵ CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (23 de mayo de 1969), Artículo 28. Este tratado se encuentra vigente en Chile desde el 22 de junio de

Asimismo, al ampararse la sentencia de la Corte Interamericana, en la obligación que tienen los Estados partes de adecuar su derecho interno a la indicada Convención³⁶, con el fin de atribuirse competencia respecto de la vigencia y aplicación de la Ley de Amnistía de 1978 con posterioridad al reconocimiento de la competencia de dicho Tribunal por Chile, viola las reglas de interpretación de los tratados internacionales, al despojar de todo objeto la limitación de la competencia *ratione temporis* descrita y de esta manera entrar en contradicción con el principio del “efecto útil” en la materia.

Por último, si bien es cierto que la Corte de acuerdo al principio de la “*compétence de la compétence*”, tiene atribuciones para pronunciarse sobre su propia competencia, no pudiendo quedar a la voluntad de los Estados que estos determinen cuáles hechos se encuentran excluidos de esa competencia, ello tampoco puede conducir, como ha sido en el caso en cuestión, a una atribución de competencia en forma arbitraria, desligada de los principios fundamentales de interpretación de los actos jurídicos y, por tanto, contraria al Derecho Internacional y al principio de la seguridad y certeza jurídica.

2.5.2 La Corte Interamericana ha violado el principio de legalidad y seguridad jurídica

Como ya se indicó precedentemente, la sentencia de la Corte Suprema en el caso “*Choshuenco*” se refiere al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el denominado Caso “*Barrios Altos*”, donde se refirió expresamente a las instituciones de la prescripción y de la amnistía, considerándolas ambas incompatibles con las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En relación a la institución de la prescripción, hay que señalar que no existe ninguna disposición en la referida Convención que declare algún delito imprescriptible y, por otra parte, a diferencia del

1981, fecha en que se publicó el Diario Oficial su texto y el Decreto Supremo N° 381 del Ministerio de Relaciones Exteriores que lo promulgó.

³⁶ El artículo 2º de la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, titulado “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”, establece: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo no estuviere garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Caso “*Barrios Altos*” donde Perú, el Estado demandado, era parte del referido instrumento internacional al momento de ocurrencia de los hechos, Chile no lo era a la época de ocurrencia de los hechos motivo de la sentencia de la Corte Suprema.

Por otra parte, en el caso “*Almonacid*”, la Corte Interamericana conjuntamente con calificar de imprescriptibles e inadmisibles los crímenes contra la humanidad, les da un carácter de norma de *ius cogens*, concluyendo de esta manera que su penalización es obligatoria de conformidad con el Derecho Internacional General.

El concepto de normas de *ius cogens*, como sinónimo de un derecho imperativo, es decir, que limita el principio de la autonomía de la voluntad de los Estados, encuentra su reconocimiento en el orden jurídico internacional en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969³⁷, instrumento que en la materia, a diferencia de la gran mayoría de sus normas que son codificadorias de la costumbre internacional, efectuaron lo que se conoce como un “desarrollo progresivo” del Derecho Internacional. Ello implica que en este tema la Convención no declaró un derecho existente sino que creó un derecho nuevo solamente de carácter convencional.

Asimismo, Chile se obligó por dicho instrumento internacional, como ya se ha señalado precedentemente, en una fecha muy posterior a la ocurrencia de los hechos motivo de la sentencia de la Corte Suprema, como también de la Ley de Amnistía de 1978, no pudiendo considerarse en razón de lo indicado anteriormente, que a dicha época hubiera adquirido el principio de *ius cogens* un carácter consuetudinario.

Por otra parte, la interpretación de *lex ferenda* que hace la Corte Interamericana y que es tomada como un precedente por la sentencia de la Corte Suprema en análisis, desconoce el principio del derecho intertemporal vinculado con el principio de legalidad ya indicado, el cual tiene un sólido fundamento en la jurisprudencia internacional.

Así en el laudo arbitral proferido por el juez Max Huber en el caso “*Isla de Palma*”, se señaló que los actos jurídicos deben ser apreciados a la luz del derecho contemporáneo suyo y no al del derecho

³⁷ Artículo 53.

vigente en el tiempo cuando surge o ha de zanjarse una controversia con él relacionada³⁸.

En el arbitraje “*Pesquerías del Atlántico Norte*” de 1910, el tribunal arbitral rehusó interpretar un tratado a la luz de un concepto jurídico que no existía en la época que fue concertado³⁹.

Por último, en el arbitraje “*Abu Dhabi*” el árbitro rehusó interpretar una concesión petrolera otorgada en 1938 en función del concepto de plataforma continental, que no hizo su aparición en el Derecho Internacional hasta unos años más tarde⁴⁰.

Si bien la sentencia en análisis no invoca como razón para acoger la casación interpuesta, el carácter inadmisible del delito imputado, caracterizado por la Corte Suprema como crimen de guerra y crimen contra la humanidad, creo necesario efectuar algunas consideraciones respecto de la amnistía y el Derecho Internacional, teniendo presente que tanto la amnistía como la prescripción han recibido un tratamiento similar por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los dos fallos aludidos.

Un tema que primero resalta es el hecho de que la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento internacional sujeto a la interpretación y aplicación de la Corte Interamericana, no establece ninguna norma prohibiendo la amnistía.

Por el contrario, explícitamente la permite aun para los delitos más graves, como se desprende de la interpretación sistemática de sus artículos 4º Nº 2 y 6⁴¹.

Tampoco el Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados internos prohíbe la amnistía en relación a la violación de sus disposiciones y, por el contrario, la contempla como una atribución soberana del Estado y la estimula como una medida de reconciliación nacional.

³⁸ *Island of Palma Arbitration* (1928, 2 RIAA 829).

³⁹ Esta jurisprudencia se encuentra en CAYLEY (1931).

⁴⁰ INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTELY (1952) p. 247.

⁴¹ El artículo 4º Nº 2 establece: “En los países que no han abolido la pena de muerte, esta sola podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito (...).” El artículo 4º Nº 6 señala: “Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la commutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos (...).”

El artículo 6º N° 5 del Protocolo Adicional II de 1977 establece:

“A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

Al respecto el COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA ha señalado: “La amnistía es competencia de las autoridades. Se trata de un acto del Poder Legislativo que borra un hecho punible, detiene las diligencias y anula las condenas (...)" agregando que “El objeto de este apartado (artículo 6º N° 5) es alentar un gesto de reconciliación que contribuya restablecer el curso normal de la vida de un pueblo que ha estado dividido”⁴².

Por otra parte, varios pronunciamientos de órganos de derechos humanos, representantes de Naciones Unidas e incluso su Secretario General, han reconocido que el tema de la amnistía es una prerrogativa del Estado soberano.

Así, la Misión de Naciones Unidas en Guatemala (MINUGIA) ha señalado que la decisión sobre el alcance y la consistencia de una amnistía en relación al Derecho Internacional es una cuestión que le corresponde exclusivamente al pueblo de Guatemala⁴³.

A su vez, el más reciente instrumento internacional del Derecho Penal Internacional como es el Estatuto de la Corte Penal de 1998, no establece ninguna disposición que prohíba el otorgamiento de amnistías. El tema fue discutido en la Conferencia de Roma, donde se aprobó su texto, siendo una cuestión tan controvertida, que las negociaciones no pudieron llevar a un compromiso entre las partes⁴⁴.

Por último, debe consignarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que tanto las leyes de amnistía peruanas de 1995⁴⁵ como la ley de amnistía chilena tienen el carácter de autoamnistías.

Del texto, como de su aplicación, es manifiesto que las características de ambas amnistías son diferentes. La amnistía chilena tuvo un

⁴² COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, (1977) párrafos 4617 y 4618.

⁴³ Declaración Pública del Director de MINUGUA de 20 de diciembre de 1966, par. 5.

⁴⁴ Véase GAVRON (2002) p. 107.

⁴⁵ Ley N° 26.479 de 14 de junio de 1995 (Diario Oficial “El Peruano”, Lima, 15 de junio de 1995) y Ley N° 26.492 de 28 de junio de 1995 (Diario Oficial “El Peruano”, Lima, 28 de junio de 1995).

carácter general⁴⁶ y así se ha aplicado, mientras que la amnistía peruana se refirió exclusivamente a aquellas personas involucradas en delitos con motivo de la lucha contra el terrorismo.

Asimismo, me parece necesario constatar que la historia nos demuestra que, en general, toda amnistía es, en parte, una autoamnistía para algún sector de la comunidad nacional, dictada al término de un proceso de enfrentamiento y división, con el objeto de lograr la reconciliación y pacificación en un país.

De lo expuesto fluye que las referidas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido erróneamente invocadas como precedentes por la Corte Suprema, como asimismo la Convención Americana de Derechos Humanos, sin vulnerar el principio de legalidad, que este mismo instrumento, hoy vigente en Chile, consagra expresamente⁴⁷.

Al respecto, es interesante mencionar lo señalado respecto del principio de legalidad por los juristas estadounidenses, expertos en materia de Derecho Penal Internacional, Steven R. RATNER y Jason S. ABRAMS:

“Un principio fundamental del Derecho Penal Internacional es la prohibición tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho Interno de atribuir culpabilidad por actos no considerados como crímenes al momento de cometerse. La máxima “*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*” o “no hay crimen sin ley, no hay castigo sin ley”, implica lo expuesto, la cual encuentra diferentes expresiones en los variados contextos legales. Esto incluye prohibiciones constitucionales de las leyes *ex post facto*, reglas judiciales limitando el uso de analogías en la interpretación de las leyes penales, doctrinas prohibiendo leyes penales ambiguas y disposiciones en instrumentos internacionales prohibiendo el juzgamiento por actos

⁴⁶ El artículo 1º del Decreto Ley de 1978 señala: “Concédease amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas”. Su artículo 2º dispone: “Amnistíase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973”.

⁴⁷ El artículo 9º de la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, titulado “Principio de Legalidad y de Retroactividad” señala: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

no criminales al momento de su comisión. Esto tiene un claro impacto metodológico en la atribución de responsabilidades si la ley ha cambiado con el tiempo. Solo se puede apreciar las conductas de acuerdo a la ley vigente cuando los hechos han ocurrido, aun si en desarrollos posteriores se han calificado como actos criminales nuevos actos (...)"⁴⁸.

Por otra parte, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia ha confirmado la vigencia del principio de legalidad en el Derecho Internacional. Así en el Caso "*Celebici*", afirmó:

"402. Los principios "*nullum crime sine lege y nulla poena sine lege*" han sido ampliamente reconocidos en los principales sistemas de justicia penal como principios fundamentales del Derecho Penal. Otro principio fundamental es la prohibición de las leyes penales *ex post facto* con su regla derivada de la no retroactividad en la aplicación de las leyes y sanciones penales. Asociado con estos principios es el requisito de especificidad y la prohibición de ambigüedad en la legislación penal. Estas consideraciones son sólidos pilares en los cuales el principio de legalidad se basa. Sin la satisfacción de estos principios ningún proceso penal puede ser realizado y reconocido.

403. El ya citado principio de legalidad existe y es reconocido en todos los principales sistemas penales.

404. Mientras que el proceso penal en un sistema nacional de justicia penal depende de la legislación dictada al tiempo cuando la conducta es prohibida y del contenido de tal prohibición, el sistema internacional de justicia obtiene el mismo objetivo a través de tratados o convenciones o después de una práctica consuetudinaria de los Estados.

408. Para colocar el significado del principio de legalidad, más allá de toda duda, dos importantes corolarios deben ser aceptados. El primero de ellos es que las leyes penales deben ser estrictamente construidas, esta es una regla general que ha permanecido con el tiempo. Segundo, no se les debe dar efecto retroactivo. Este es un agregado a la bien reconocida obligación del intérprete judicial, del juez, de leer en el lenguaje del legislador, honesta y fielmente (...) La regla aparece así siendo fundada en el firme principio de que es el legislativo y no el tribunal o el juez el que define un crimen y prescribe la pena"⁴⁹.

La COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, al cual la Organización de las Naciones Unidas le ha otorgado la importante función de la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional ha señalado:

⁴⁸ RATNER y ABRAHMS (2003) p. 21.

⁴⁹ Caso "*Celibici*", (sentencia de Tribunal de primera instancia de fecha 16 de noviembre de 1998, IT-96-21).

"La finalidad fundamental del Derecho Penal es prohibir, castigar y prevenir las conductas consideradas suficientemente graves para que se justifique calificarlas de crimen. Este derecho fija una norma de conducta para guiar el comportamiento subsiguiente de los individuos. Sería evidentemente ilógico determinar la licitud de la conducta de un individuo según una norma inexistente cuando decidió seguir una línea de conducta o abstenerse de realizar una acción. El encausamiento y castigo de un individuo por una acción u omisión no prohibida cuando decidió actuar o dejar de actuar sería manifiestamente injusto. La prohibición de aplicar retroactivamente el derecho penal se refleja en el principio *nullum crimen sine lege*. Este principio se ha plasmado en varios instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (párrafo segundo del artículo 11º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (párrafo primero del artículo 15º), Convenio Europeo de Derechos Humanos (párrafo primero del artículo 7º), Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 9º)"⁵⁰.

III. CONCLUSIONES

Primero. La jurisprudencia de los tribunales chilenos y, en particular, de la Corte Suprema demuestra una tendencia, cada vez más creciente, de aplicar el Derecho Internacional, lo que es concordante con el desarrollo de esta disciplina y la globalización jurídica. En este sentido, merece destacarse que nuestro más alto Tribunal, después de haber sido, en general, reticente ha seguir este proceso de alcance mundial, hoy incluye al Derecho Internacional como parte del ordenamiento jurídico aplicable en sus decisiones.

Segundo. La aplicación del Derecho Internacional por parte de la Corte Suprema, en asuntos relativos a violaciones a los Derechos Humanos ocurridos durante el Gobierno Militar, demuestra en fallos como el motivo de análisis, una tendencia a aplicar el Derecho Internacional cuando este no es aplicable a los hechos en cuestión o bien una aplicación equivocada de este, recurriendo a la interpretación analógica y a la costumbre internacional para la atribución de delitos con el carácter de crímenes internacionales, en particular, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Ello ha conducido a una apreciación de las conductas de acuerdo a un derecho no vigente cuando los hechos han ocurrido, atribuyéndose culpabilidad.

⁵⁰ Comentarios al artículo 13º del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad aprobado en 1996.

lidad por actos no considerados como crímenes internacionales al momento de cometerse, desconociéndose, de esta manera, que las circunstancias de la conducta punible, la pena y su cuantía han de estar fijadas claramente por el legislador antes del hecho. Todo ello pugna con principios básicos del Estado de Derecho, como son el principio de la legalidad y el principio de no retroactividad de las normas jurídicas, creando inseguridad e incerteza jurídica.

Tercero. La situación planteada se hace evidentemente tanto en la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, expresado fundamentalmente en los Convenios de Ginebra de 1949; del Derecho Penal Internacional, con la imputación de ciertos crímenes internacionales, como el de crimen de guerra y crimen contra la humanidad, su declaración como delitos imprescriptibles e inadmistiables y su prohibición de carácter imperativa (*ius cogens*); y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, expresado principalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El desconocimiento de la prescripción y la amnistía implica el interferir en atribuciones soberanas del Estado destinadas a otorgar seguridad jurídica a sus ciudadanos y permitir la construcción de una sociedad sana y reconciliada.

Cuarto. Asimismo, la sentencia analizada nos indica una tendencia también creciente de la Corte Suprema a utilizar como precedentes jurisprudenciales ciertos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ellos, por una parte, no se ha respetado un principio básico del Derecho Internacional como es el de la jurisdicción voluntaria y, por el contrario, la Corte se ha arrogado arbitrariamente la jurisdicción, con evidente abuso de poder y dañando de esta forma la credibilidad y confianza en el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos y, por otra parte, con una aplicación de *lex ferenda* de las disposiciones del Derecho Internacional, ha vulnerado principios como el de legalidad, irretroactividad e intemporalidad de las normas jurídicas internacionales.

Quinto. La situación planteada es particularmente delicada en una rama de las ciencias jurídicas como es el Derecho Internacional, en que producto del carácter descentralizado, horizontal y poco institucionalizado de la sociedad internacional, el proceso de creación normativo se efectúa a través de normas convencionales, pero también de la costumbre internacional. En relación a esta última, sus características de ser una fuente no escrita y generada por la práctica común de los Estados con *opinio iuris*, en muchos casos acarrea

incertidumbre acerca de su existencia y exacto contenido, lo cual exige, si queremos respetar el principio de la seguridad jurídica, una aplicación especialmente rigurosa, en que efectivamente sea demostrable de que se trata de una costumbre debidamente reconocida por la comunidad internacional y no una mera aspiración de derecho o *soft law*.

BIBLIOGRAFÍA

- CAYLEY, C.E (1931): "The North Atlantic fisheries in United Status-Canadian relations" (Chicago, The University of Chicago Press).
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1996): "Comentarios al Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad", Disponible en línea en: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7-4_1996.pdf
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (1977): "Comentarios al Protocolo II de 1977". Disponible en línea en: www.icrc.org
- (1979): Declaración en la primera reunión de la Conferencia de Expertos Gubernamentales (1995): Declaración del 30 abril, IX Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención y el Tratamiento de los Delincuentes (El Cairo 1995) Doc. ONU A/CONF.169/=NG/CICR/1.
- CHIGARA, Ben (2002): *The legality under international law of national amnesty laws* (U.S., Longman, Harlow).
- FERNÁNDEZ, Álvaro (2006): "Hurto-falta: Una reforma mal hecha y otra pendiente", *Sentencias destacadas 2005* (Santiago, Libertad y Desarrollo).
- GAVRON, Jessica (2002): "Amnesties in the Light of Developments in International Law and the establishment of the International Criminal Court", 51 *International and Comparative Law Quarterly* 1.
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS (1949): "Commentaries on the Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick of Armed Forces in the Field" (Geneva, august 12).
- PLATTNER, Dennis (1990): "The Penal Repression of Violations of International Law applicable in Non-International Armed Conflicts", *Revista Internacional de la Cruz Roja*.
- O'SHEA, Andreas (2002): *Amnesty for crime in international law and practice* (The Hague, Kluwer).
- RATNER, Steven R. y ABRAHMS, Jason S (2003, 2º Ed.): "Accountability for Human Rights atrocities in International Law" (UK, Oxford University Press).
- SECRETARIO GENERAL DE NACIONES UNIDAS (1973): "Informe al Proyecto de Estatuto del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia" (Doc. ONUS/25/704).
- (1995): "Informe al Proyecto de Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda" (Doc. S/1995/134).

Urbanismo, Contraloría General de la República y tribunales de justicia. A propósito de la acción de protección deducida por la Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile

■ ■ ■

EDUARDO SOTO KLOSS

*Decano Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás
Profesor Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile*

RESUMEN

Conociendo la Contraloría General de la República de una consulta/reclamación de dos personas respecto de la legalidad de un oficio de la Secretaría Regional Ministerial Metropolitana de Vivienda y Urbanismo y otro del Alcalde de la Municipalidad de Las Condes, emitió un dictamen declarando la ilegalidad de ellos, basado en la interpretación de determinado precepto de la Ordenanza de urbanismo y construcciones. Deducida la acción constitucional de protección por la entidad que había iniciado el procedimiento urbanístico, y afectada por el pronunciamiento contralor, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la pretensión protectiva y, declarando ilegal y arbitrario el dictamen recurrido, lo dejó sin efecto, fallo que confirmara la Corte Suprema. El comentario que se realiza versa sobre la fundamentación jurídica del referido fallo, la cual establece que la Contraloría en estas materias posee solo competencia para pronunciarse respecto de la "forma" de los actos y no sobre el "fondo", fundamento que se controvierte por no tener asidero ni constitucional ni legal, y estableciéndose que el fundamento en el derecho vigente es otro, lo que no significa, de modo alguno, que la solución dada por la Corte haya sido injusta, ya que el dictamen controvertido es ciertamente contrario a Derecho, y, por tanto, nulo, pero por otros argumentos tanto constitucionales como legales.

SUMARIO

I. Introducción. II. El fallo. Bibliografía

*La naturaleza gusta esconderse
Heráclito*

I. INTRODUCCIÓN

Asuntos jurídicos de la máxima relevancia son los que han sido puestos en juego en este caso, como asimismo en dos casos más muy semejantes y coetáneos¹. De máxima importancia también es la solución que se ha dado en estos casos por las Cortes de Apelaciones², confirmada por la Corte Suprema.

La materia en que ha recaído el caso que comentamos es la *urbanística*, que ha tenido en el contencioso proteccional no poca frecuencia de aplicación y con soluciones que, en general, han sido bien certeras en cuanto la defensa de los derechos de las personas, cual es, precisamente, la finalidad de la acción constitucional de protección, de la propia Constitución (artículo 1º en todos sus incisos), y del Derecho mismo³.

La intervención de la Contraloría General de la República ha provocado protecciones, especialmente en atención a que suele pronunciarse sobre el tema a raíz de reclamaciones de terceros que se pretenden afectados por actos administrativos emitidos por los Directores de Obras de las Municipalidades, y/o por los Secretarios Regionales del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, y en las cuales ella sin ni siquiera escuchar al destinatario del acto reclamado de los referidos Directores de Obra o Seremis respectivos, decide sobre la legalidad de tales actos, pretendiendo imponer a esas autoridades administrativas, v.gr., que dejen sin efecto sus decisiones por estimarlas contrarias a Derecho; en otros términos, instándolas a “invalidarlas”⁴.

¹ Como son *Inmobiliaria Altair S.A. con Contralor General de la República (s)*, Corte de Apelaciones de Santiago (25 de agosto de 2006, Rol N° 3137-06, confirmada por la Corte Suprema (Tercera Sala), el 5 de octubre de 2006, Rol N° 4.614-06, caso llamado “Plaza Las Lilas”, comuna de Providencia/Santiago; y *Valparaíso Sporting Club S.A.*, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 8 de agosto de 2006, confirmada por la Corte Suprema (Tercera Sala) el 2 de octubre de 2006, en GACETA JURÍDICA (316/2006) pp. 61-71.

² De Santiago y de Valparaíso, respectivamente.

³ Ver HERMOGENIANO, *Digesto I, V, 2*, y aún más explícito MODESTINO, I, III, 25. Sobre la protección urbanística ver SOTO KLOSS (2007).

⁴ Alargaría en demasía extender este, que es solo un comentario, si entráramos a discutir el tema de la “invalidación”, que en el derecho chileno, y dado los términos de nuestras Constituciones, ya desde 1833, ha dado lugar a una lucha incesante entre los estatistas –de inspiración hegeliano/marxista, aunque desconozcan las bases filosóficas en que se basan– y los libertarios, que creemos que el Estado es un ente accidental (no sustancial) y, por ende, *al servicio de la persona humana* (como norma constitucional que es: artículo 1º incisos primero y cuarto y solo un medio para la perfección de esta. Hemos estudiado particularmente el tema desde antiguo: SOTO KLOSS (1984), (1988a), (1996a) (2001); Comentario a *Salinas Lolic con Municipio*

El punto está en que estas reclamaciones de terceros suelen plantearse después de toda una tramitación procedural urbanística desarrollada ante esas Direcciones de Obras, en un tiempo prolongado y la cual ha sido posible gracias a elevadas inversiones de quienes promueven el desarrollo inmobiliario o simplemente de empresas dedicadas a la construcción de inmuebles. Y parece no advertir la Contraloría General de la República que tal invalidación de actos municipales urbanísticos lleva implícita la correspondiente “responsabilidad patrimonial” del ente edilicio, que perseguirá el afectado por la invalidación que resolviera la Dirección de Obras, por el daño producido en razón del “acto ilegal” emitido. Indemnización que deberá absorber íntegramente la Municipalidad y sin que la Contraloría General de la República asuma ninguna responsabilidad al respecto. Lo paradójico de la situación es que la pretendida ilegalidad que ve la Contraloría General de la República en los actos reclamados, las más de las veces es asunto de “interpretación” de disposiciones urbanísticas, o sea “interpretación” de leyes y preceptos reglamentarios (ordenanza de urbanismo y construcciones), que si bien la Ley N° 10.336, de 10 de julio de 1964, entrega a la Contraloría General de la República en cuanto se refiere a normas que inciden en la organización y funcionamiento de los servicios públicos sujetos a su fiscalización (artículo 6º inciso primero), resulta que aquí están en juego “derechos de particulares”, y, por tanto, ello origina de suyo una “controversia jurídica” que no es de competencia contralora (artículo 6º inciso tercero, de su Ley N° 10.336), sino única, exclusiva y excluyentemente de competencia jurisdiccional, es decir, de los tribunales de justicia⁵ (artículo 73 de la Constitución).

Parece olvidar la Contraloría General de la República su propia ley orgánica constitucional puesto que su artículo 6º inciso tercero expresamente le proscribe, le veda, le prohíbe, pronunciarse sobre asuntos que son de “naturaleza litigiosa”, y qué mayor naturaleza litigiosa es esta, en la cual precisamente se está discutiendo sobre *derechos*, esto es derechos que los actos procedimentales urbanísticos han ido otorgando progresivamente en el tiempo de su desarrollo al destinatario de ellos, y que por intervención de un órgano administrativo (que es la Contraloría General de la República:

palidad de Viña del Mar (2000) y más breve (1999); y *Ramírez Fuentes con Municipalidad de Huechuraba* (2006). De interés, también, *ARÓSTICA MALDONADO* (2003).

⁵ Como lo ha establecido ya la Constitución Política de 1833, artículo 108.

artículo 1º Ley 18.575, reiterado por su artículo 18), no jurisdiccional, se pretenden desconocer, decidiendo por sí y ante sí su pretendida ilegalidad⁶.

He aquí el meollo, la médula, el *quid* de la protección “Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile” deducida a raíz del Dictamen N° 56.977, de 5 de diciembre de 2005, emitido por la Contralora General de la República (s), sobre una consulta planteada por dos particulares referente a la legalidad de dos Oficios Ordinarios, uno del Alcalde de la Municipalidad de Las Condes y otro del Seremi de Vivienda y Urbanismo.

II. EL FALLO

Sin demorarnos en detalles, los diecisiete considerandos de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 25 de abril de 2006 (Rol N° 8344-05), que deciden el caso⁷, plantean la ilegalidad del dictamen contralor recurrido sobre la base que se ha pronunciado sobre el “fondo” de la materia, en circunstancias que su competencia contralora la limita a una fiscalización de “forma” de las decisiones administrativas, ya que el aspecto técnico/fondo de lo urbanístico la ley lo habría radicado en las autoridades administrativas pertinentes, a saber, Directores de Obras, autoridades municipales, y los Seremis de Vivienda y Urbanismo, autoridades centrales en la materia.

⁶ Está involucrado aquí y, en plenitud, el tema de los *derechos adquiridos*, que algunos, otrora, llegarán a sostener en total contrariedad al Derecho chileno y a la Constitución Política de 1925, que no existían, así de simple, en un estatismo colectivista, ajeno a toda nuestra tradición jurídica republicana, e incluso castellana indiana. Ver Soto Kloss (1984). El profesor Fermando (2006), en el volumen anterior de esta publicación, se refería a la invalidación administrativa de oficio comentando el caso *Celco*.

También está involucrada nada menos que la estructura misma del “acto administrativo”, el cual si bien es “unilateral” en su emisión, *siempre* es “bilateral” en sus efectos, ya que va dirigido a destinatarios, en beneficio o carga/gravamen y, por lo tanto, esos efectos son “bienes” incorporales, que ingresan a sus patrimonios y devienen intangibles en razón de que son *su* propiedad y poseen el *dominio* sobre ellos (art. 19 n° 24 incs. 1º y 3º de la Constitución), a menos que intervenga el mecanismo constitucional de la expropiación efectuada en la forma, requisitos y exigencias que la propia Carta Fundamental establece a su respecto. Hemos puesto de relieve este carácter bilateral de los efectos del acto administrativo (“una” orden que crea “un” orden) en Soto Kloss (1996b), aumentado en Castaño y Soto Kloss (2005).

⁷ La Corte Suprema (2 de julio de 2006, Rol N° 2224-06), luego de rectificar dos detalles de la sentencia apelada, se expide en un escueto “Se confirma” (una línea), con una prevención (brevísima) del Presidente de la Sala (Tercera), Ministro Sr. Ricardo Gálvez Blanco, de tipo procesal, muy explicable dada su reconocida pericia en la disciplina.

La solución ha ciertamente sorprendido a la cátedra y a los especialistas⁸, ya que dicho tan así: “forma sí, fondo no”, sería propiamente un “supremazo”, pero a nivel de Corte de Apelaciones, que aparentemente no estaría dentro de la regulación normativa constitucional y legal vigente, pero que sí –en buena medida– lo estaría si se atiende a ciertas posturas jurisprudenciales de la Contraloría General de la República durante el siglo pasado, y que los sentenciadores habrían retomado y revivido a nivel judicial.

Fuera de ser un juridicismo bastante artificioso, muy querido especialmente por los procesalistas siguiendo el mecanismo afrancesado de la “casación”⁹ –inexistente en el derecho castellano indiano–, esto de la distinción “forma-fondo”, además de ser artificioso, repugna a la lógica más elemental, ya que son de hecho inescindibles, desde que la forma es lo que especifica la materia y hace que una cosa sea lo que es, sin la cual o simplemente no sería, o bien, no sería tal sino otra cosa¹⁰.

Que una materia sea regulada por una resolución y no por decreto presidencial ¿es asunto de forma y no de fondo, ya que se trataría de algo meramente “formal”, documentos y firmas distintas? Obviamente, para cualquiera que conozca verdaderamente el derecho chileno, advertirá de inmediato que ello es de fondo, puesto que incide nada menos que en un asunto de “competencia”, o sea, de cuál es el órgano al cual la Constitución o la ley le ha atribuido el poder jurídico de dictar tales normas¹¹ y la “competencia” aquí no es asunto formal, meramente adjetivo o adventicio, sino de “fondo” puesto que quien la viola hace nula su decisión (artículo 7º inciso tercero de la Constitución) y propiamente “inexistente”, hablando con rigor, ya que ello es un requisito de existencia de un acto

⁸ Ver la exposición sobre el tema del Profesor Pedro AGUERREA (2006).

⁹ Cómo no recordar aquí la obra clásica de CALAMANDREI (1961).

¹⁰ Lo dicho no es sino algo metafísicamente elemental; vid. ARISTÓTELES, *Metafísica*, VII. Para una explicación sencilla ver GÓMEZ PÉREZ (1978) capítulo IV, especialmente pp. 90-96.

¹¹ Es precisamente lo que ha dicho el Tribunal Constitucional (Rol N° 591-06, de 11 de enero de 2007), a propósito del requerimiento que diputados han presentado respecto de la Resolución exenta N° 584, de 1 de septiembre de 2006 que ha dictado “Normas sobre regulación de la fertilidad”; reserva hecha que ni siquiera por decreto presidencial podrían ser dictadas ya que pugnan con derechos claramente reconocidos por la Constitución a toda persona (incluida la que está por nacer: artículo 19 N° 1 inciso dos), como son al derecho a la vida y a su integridad física y síquica, y al derecho de los padres a la educación de sus hijos (artículo 19 N° 10 inciso tercero).

administrativo (artículo 7º inciso primero), mucho más que validez o de eficacia (usando terminología civilista)¹².

Lo que sorprende al especialista es la forma tan osada en que sostiene la Corte que la Contraloría General de la República carece de competencia para pronunciarse sobre el “fondo” de las materias que le toca fiscalizar, y respecto de materias técnicas como las urbanísticas en este caso, que, por lo tanto, no serían controlables, sino en lo puramente formal. Me da la impresión de que al usar el término “fondo” ha querido tal vez la Corte referirse a lo que la propia Contraloría –en una jurisprudencia casi inalterada– alude a que no entra al control del “mérito”, usando terminología italiana (no encajable en nuestro sistema¹³), o sea, carecería de competencia para sostener ilegalidad de una decisión por ser inconveniente, o incluso inoportuna. Si es así, la Corte no haría más que repetir lo que la propia Contraloría lo ha repetido muchísimas veces.

Y digo “osadía” porque si se atiende al DL N° 258, de 26 de julio de 1932, artículo 1º, y a la Ley N° 10.336, de 10 de julio de 1964, artículo 1º, como a los artículos 87 inciso primero y 88 inciso primero de la Constitución (1980), en los cuales ya desde hace más de 75 años se ha dicho que la competencia de la Contraloría General de la República, en este caso, comprende, el “pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos” (DL N° 258, de 1932); “y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General de la República” (Ley N° 10.336, de 1964); y que “ejercerá el control de legalidad de los actos de la Administración” (Constitución Política artículo 87), y en esta función tomará razón de ellos o los representará si los estima contrarios a Derecho, e incluso en esta segundo caso la propia Constitución hace la distinción entre la representación por ilegalidad o por inconstitucionalidad (artículo 88 inciso primero)¹⁴, no hay lugar a sostener que todo ello es en el puro aspecto formal y jamás en el fondo.

¹² Ver al respecto SOTO KLOSS (2006b). Como decían los clásicos, algo es perfecto en la medida que posea todos los atributos, todas las propiedades o exigencias que hacen que eso sea eso, es decir “integridad” (*ex integra causa*).

¹³ Hemos trabajado el tema en SOTO KLOSS (1988b) y (1996a) tomo II, pp. 51-63.

¹⁴ Dándole efectos distintos según asuma tal representación una u otra causa. No nos pronunciamos aquí sobre el absurdo en que cayera el constituyente de 1980, al hacer tal distinción como si fueran diferentes, porque ¿acaso lo ilegal no es ya de suyo inconstitucional? ¿Puede algo ser ilegal y no ser inconstitucional, si se atiende simplemente a lo dispuesto por los artículos 6º y 7º de la Constitución, y más aún, en concordancia con sus artículos 1º y 5º?

Cierto es que una cosa son las disposiciones normativas, sean constitucionales o legales, y otra cosa es la “interpretación” que hagan de ellas, por una parte, la Contraloría para la Administración (*ad intra*), y los jueces para toda la comunidad, como guardianes últimos del ordenamiento jurídico y ángeles tutelares de los derechos de las personas¹⁵. Y sabemos bien que los jueces en los últimos años participan activamente también en la creación del Derecho¹⁶, situación ante la cual solo cabe estudiar en profundidad la materia tratando de iluminar el tema y persuadir a los jueces, especialmente supremos, del error cometido, e instarlos a modificar su criterio.

Alguno podría entender que las disposiciones normativas antes indicadas se refieren a la actividad contralora ejercida a través de la toma de razón de decretos y resoluciones, en circunstancia que el caso “Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile” no incide en este punto, desde que aquí se trata de una consulta de particulares acerca de la juridicidad de ciertos actos de las autoridades municipales y Seremi. Y, por ende, aquellas no serían aplicables. Pero no parecería sostenible esto, si se atiende a que la propia Ley N° 18.695, de municipalidades, dispone ya desde su origen en 1988, que “en el ejercicio de sus funciones de control de legalidad, la Contraloría General de la República podrá emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control” (artículo 52, en el texto refundido último, DFL/Subdere N° 1, de 26 de julio de 2006).

Ahora bien, la materia urbanística en cuanto al otorgamiento de permisos de construir y todo el procedimiento administrativo que le precede, como asimismo que le sucede, está radicada en las Direcciones de Obras de cada Municipalidad (artículo 24 Ley N° 18.695), y con la supervigilancia de los Seremis de Vivienda y Urbanismo (DFL/Minvu N° 458, de 1976, artículos 12 y 118), respecto a recursos administrativos que pudieran deducirse por afectados por ciertas decisiones de dichos Directores.

¹⁵ Recuérdese la Constitución Política de 1823, artículo 116 (“El Poder Judicial protege los derechos individuales conforme a los principios siguientes.”) y respecto de la Suprema Corte de Justicia, su artículo 146 disponía: “Sus atribuciones son: 1. *Proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes por las garantías individuales y judiciales*” (cursivas nuestras); textos vigentes hasta 1875.

¹⁶ Como v. gr. el “secuestro permanente”; la acción de amparo económico como acción no de amparo sino simplemente declarativa; la llamada falta de servicio no como “omisión” de la actuación debida, sino como “culpa del servicio” al modo civilista y en que la víctima debe probar la “culpa”/negligencia del organismo público, etc.

Pues bien, cuando los tales terceros afectados recurren a la Contraloría General de la República para que intervenga en la disputa, se produce una situación en la que hay algo de eso tan típicamente chileno que es la indefinición y que ha llevado a que Contraloría se pronuncie *sobre disputas/controversias entre particulares*, a raíz de actos administrativos urbanísticos de los Directores aludidos.

Valga recordar que cuando los tribunales de justicia dimitían de su función de conocer de la juridicidad de los actos de la Administración, ya que decían que ello era de competencia de los tribunales contencioso administrativos (que no existían más que en el texto del artículo 87 de la Constitución de 1925¹⁷), la Contraloría General de la República asumió motu proprio y paulatinamente (años 1960 a 1973, pero en especial en el período 1970/1973) una función tutelar de los derechos agraviados de los particulares por la Administración, llenando en alguna medida aquel vacío y erigiéndose en un defensor de las personas, sin que fuera ello su función propia. De allí que se formó una costumbre *extra legem* de acudir ante ella requiriendo su intervención¹⁸.

No obstante, sin que advirtiera la Contraloría –ya después de la introducción de la acción constitucional de protección (DL N° 1552, de 13 de septiembre de 1976, artículo 2º) y luego con la vigencia de la Constitución Política de 1980– que ya conociendo los tribunales ordinarios de justicia de la contención de derechos frente a la Administración por los agravios que esta ocasionara a los particulares, sea por su actividad/hechos o actos, sea por su inactividad/omisiones, ella debía hacer aplicación plena e integral del artículo 6º inciso tercero de su ley orgánica, cuyo texto dispone a la letra “La Contraloría *no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso*, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor” (el destacado es nuestro).

¹⁷ Ver sobre esta insólita e inicua posición jurisprudencial SOTO KLOSS (1974) y (1977).

¹⁸ Incluso la propia Contraloría General de la República a través de dictámenes fue regulando esta vía “graciosa” de reclamación ante ella de los particulares; véase v. gr. Dictamen N° 24.841, de 10 de abril de 1974, posteriormente N° 25.583, de 16 de octubre de 1992 y N° 23.170, de 2 de septiembre de 1993 (este en GACETA JURÍDICA 159/1993, p. 190).

El hecho es que la Contraloría da aplicación sin problema alguno a este precepto en lo que dice referencia a abstenerse de intervenir si un asunto *está en conocimiento de la justicia*, es decir, bajo la competencia de un juez; si bien ocurre a veces que se pronuncia sobre una reclamación de un particular, que la sorprende sin indicar que ha ocurrido a los tribunales, y desconociendo ella esta circunstancia¹⁹.

No ocurre lo mismo –y se da frecuentemente en este tema urbanístico– con la primera prohibición que la ley dirige al Contralor, esto es, abstenerse de intervenir en “asuntos que por su naturaleza son propiamente de carácter litigioso”. Y no hay que ser un genio para advertir de inmediato que estos asuntos en que alguien reclama de un acto administrativo municipal de una Dirección de Obras (o Alcalde, en su caso) o de un Seremi Minvu, en un procedimiento urbanístico, significa y configura, de suyo, una *contienda*, una *disputa*, una *controversia*, que opone al reclamante ciertamente a la autoridad administrativa, pero también al interesado beneficiario de esos actos procedimentales. Hay “contención de derechos” o de pretendidos derechos, pero obviamente una “contienda de Derecho” y ello es en nuestro régimen republicano y conforme a nuestra Constitución, asunto exquisitamente judicial, propio de los tribunales de justicia, y jamás de un órgano administrativo como lo es la Contraloría General de la República (aun si este es autónomo, artículo 87 de la Constitución)²⁰.

De allí que pueda afirmarse con toda propiedad que *carece la Contraloría de competencia* para pronunciarse sobre tales reclamaciones aun si, pretextamente, se arguye que se habría incurrido en alguna ilegalidad por parte de la autoridad municipal de Obras o de un Seremi Minvu. Sin embargo, no porque sea incompetente para

¹⁹ Ver v. gr. *Inversiones Incova Ltda. con Contraloría General de la República*, protección acogida, declarándose contrario a derecho y dejándolo sin efecto dictamen contralor recurrido que decidía la ilegalidad de un permiso de construir otorgado por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Vitacura, en circunstancias que existía un reclamo de ilegalidad municipal pendiente; en REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA t. 98/2001, 2.5, pp. 40-50.

²⁰ Cómo no recordar aquí a Ambrosio Montt, fiscal de la Corte Suprema a fines del siglo XIX; decía en una vista fiscal: “En el régimen actual (...) toda contención de bienes i derechos, sea que se ajite entre particulares, sea que se suscite entre el fisco i los ciudadanos, es de necesidad un asunto judicial, peculiar i privativo de los tribunales i jamás i en ningún caso de la competencia del Presidente de la República, de las autoridades administrativas i aún del propio Congreso Nacional” (vista en Allendes-Carrasco (16 de abril de 1889), en FISCAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1894-95), Vol. II, pp. 261-275.

conocer el fondo y sí para pronunciarse respecto de la forma, porque la Contraloría General de la República es *incompetente radicalmente* (ni forma ni fondo), y ello, como decíamos, por expresa disposición de la propia Ley N° 10.336, que en su texto de más de 50 años (1952) bien previó que toda contención de derechos no corresponde sino a un juez de la República, y específicamente a los tribunales ordinarios de justicia²¹.

²¹ La posición jurídica de la Contraloría en cuanto se plantea como un órgano por encima de todos los órganos de la Administración del Estado, y que "dice el Derecho" para la Administración, origina, y seguirá originando, problemas no solo respecto de terceros, ajenos a la Administración, sino también frente a los propios servicios que integran esta y de sus funcionarios; véase v. gr. las disputas entre Alcaldes y Contraloría General de la República en materia de concursos para llenar cargos docentes, y que afecta a funcionarios. Ese "decir el Derecho" y el carácter vinculante para la Administración de sus dictámenes (artículos 5º inciso tercero, 6º incisos primero y segundo, 9º incisos quinto y sexto y 19) ha significado, en su interpretación extrema, erigir a Contraloría en una especie de "cuasi-juez", en "superadministrador", y en una especie de "superior jerárquico" de toda la Administración sujeta a su fiscalización, lo que llevado al límite implica, ciertamente, un elemento que no se compadece con la Constitución, ni con la función jurisdiccional propia de los tribunales de justicia, la cual función, obviamente, se impone por sobre toda la actividad contralora: esta está sujeta a la Constitución y no sobre ella, y por ende, carece de una pretendida inmunidad de jurisdicción, incompatible con un Estado de Derecho y con el debido respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Y tal conflicto se ha producido entre los derechos del *Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile* y dos particulares que reclaman de la proyección de tres edificios de oficinas y estacionamientos subterráneos en la propiedad de este Club, proyecto aprobado por el Seremi de Minvu Metropolitano e informado favorablemente por la Municipalidad de Las Condes. Tal reclamación ante la Contraloría General de la República se fundamenta por los particulares en que habría en ello una violación de normas urbanísticas sobre uso del suelo del predio en cuestión. No es del caso aquí entrar a ver si esos dos particulares estaban legitimados a plantear la reclamación aludida, en cuya ausencia de legitimación, simplemente habría una "denuncia" más que propiamente una reclamación. Y si hay derechos, como son lo que posee el dueño del predio, no es la Contraloría General de la República la competente en nuestro Derecho para *reconocerlos o desconocerlos*; ello es propio de un juez, y la Contraloría, en este aspecto, carece totalmente de potestades jurisdiccionales: hasta podría decirse que al pronunciarse en ello se erige como una "comisión especial", expresamente prohibida por la Constitución (artículo 19 N° 3º inciso cuarto). Así también lo ha reconocido la Corte Suprema (Tercera Sala), 19 de junio de 2006 (Rol N° 2198-06) al confirmar Corte de Apelaciones de Santiago, de 28 de abril de 2006 (Rol N° 6488-05), *Empresa Periodística La Nación S.A. con Contraloría General de la República*, protección acogida, cuyo considerando N° 22, in fine, señala que si se considera dicho artículo 6º inciso tercero de la Ley Orgánica de la Contraloría N° 10.336 en relación con los artículos 6º y 7º de la Constitución, resulta *arbitrario* el pronunciarse la Contraloría en un asunto que es de naturaleza o carácter litigioso, ya que *carece de competencia para ello*. Y en su considerando N° 23 establece de modo clarísimo que "un pronunciamiento emitido respecto a un acto jurídico celebrado, o a uno que ha producido sus efectos, generando derechos que han ingresado al patrimonio de sus destinatarios o de las personas que con su voluntad concurrieron a celebrarlo, se *vincula con un asunto que por su naturaleza misma es de carácter litigioso*, de la competencia privativa de los tribunales de justicia que son los únicos (...) que están llamados y facultados para pronunciarse acerca de tales asuntos y sobre la validez o legalidad de los actos de que trate. Ello, porque si un determinado acto produce sus efectos, genera un estado

Las situaciones que frecuentemente se producen por las reclamaciones que particulares plantean ante la Contraloría –hay que reconocerlo– vienen de antiguo y se colocan en una perspectiva en que se la estimaba como una especie de “superadministración”, y que esta asumía como “quien declara el Derecho” para la Administración. Pero se olvida, y Contraloría parece estar todavía imbuida de ello, que eso pudo ser en otra época ya que estando de por medio los derechos de los ciudadanos, es el juez, y solo él, quien en nuestro régimen republicano asume tal función, de modo definitivo. Y más aún hoy –y por medio del llamado recurso de protección (1976)– en que frente a actos e incluso omisiones de la Administración, siempre cabe recurrir ante la justicia reclamando de su contrariedad a Derecho²².

No nos parece prudente alargar más este comentario refiriéndonos sobre un punto que suele incidir en estas materias urbanísticas, como es el de los “derechos adquiridos” que se originan en cada acto trámite o preparatorio en el procedimiento administrativo, y que obviamente no pueden ser desconocidos por Contraloría cuando pretende que algún acto de ellos sería ilegal, pronunciándose sobre reclamaciones de terceros. Sobre “derechos adquiridos” (o no adquiridos) solo el juez es competente para determinar su existencia o inexistencia, y ello en un “debido proceso”, racional y justo (artículos 73 y 19 Nº 3 inciso quinto), y no Contraloría General de la República sin ni siquiera escuchar al afectado. Por ello me refería en párrafos precedentes a “erigirse en comisión especial”, pues careciendo de atribuciones judiciales pretende la Contraloría ejercer funciones que son exclusivas y propias de un juez²³.

de cosas, de manera que solo puede ser modificado en el marco de un debido proceso y no por autoridades que no han sido dotadas de jurisdicción, tal como lo garantiza expresamente el inciso cuarto del numeral 3º del artículo 19 de la Constitución” (destacados nuestros; fallo pronunciado por los ministros C. Villarroel y L. Cisternas y abogado integrante Sra. M. Undurraga).

²² Ciertamente, sí, que con la aberrante “inadmisibilidad” que la Corte Suprema ha dispuesto en 1998, como trámite previo ante la interposición de recurso de protección (modificación del Auto Acordado de 1977, artículo 2º), se hace particularmente difílito que sean admitidos cuando se impugnan actos de la Administración, al menos, como demuestra la práctica, en la Corte de Apelaciones de Santiago.

²³ Ellos han sido reconocidos en numerosas ocasiones y a través de la acción de protección; vid., entre otros, respecto de permisos de construcción, *Soc. Constructora Castillo e Hijos Ltda.*, en REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA t. 83/1986, 2.5, nota p. 145; *Muñoz Permuth*, t. 89/1992, 2.5, pp. 384-390; *Heresi Zarruck*; t. 89/1992, 2.5, p. 384; *Confecciones Corona S.A.*, t. 93/1996, 2.5, pp. 21-31; *Casagrande Ltda.*, t. 95/1998, 2.5, pp. 59-65; *Soc. Educacional San Esteban S.A.*, t. 97/2000, 2.5, pp. 39-45; *Inversiones Incova Ltda.*, t. 98/2001, 2.5, pp. 40-50; *Rojas Ruiz*, t. 99/2002, 2.5, pp. 333-339, etc. Respecto de certificados de informaciones previas,

Por último, aunque pudiera estimarse un *obiter dictum* no podemos dejar de referirnos a un evidente error en que incurre el fallo de la instancia (considerando 13, párrafo segundo) al sostener que del acto del Director de Obras se puede recurrir ante el Alcalde por vía del llamado “reclamo de ilegalidad” (artículo 141 Ley N° 18.695), por cuanto habiendo el legislador atribuido a dicho Director con potestades “desconcentradas” en estas materias, el Alcalde está desprovisto de ellas y mal puede –como superior jerárquico– pronunciarse sobre el ejercicio que de ellas ha hecho dicho Director, puesto que la desconcentración es, precisamente, el mecanismo jurídico organizativo de sacar, o no otorgar, según el caso, potestades al superior jerárquico del Servicio (aquí el Alcalde) sino radicarlas en un inferior, a fin de agilizar la gestión o simplemente tecnificarla (como en este caso urbanístico) y eliminar así el componente político que pudiera existir, lo que perturbaría la más eficiente y eficaz actividad del órgano desconcentrado²⁴.

Este caso que hemos comentado solamente en su meollo esencial, y cuya solución es idéntica a la que posteriormente se ha dado en “Valparaíso Sporting Club S.A.”, e “Inmobiliaria Altair S.A.”, confirmadas por la Corte Suprema, es constitutiva de una posición judicial de enorme trascendencia si es que pueda considerarse como verdadera jurisprudencia, ya que nunca puede decirse con certidumbre o firmeza, que puedan determinadas soluciones repetirse o reiterarse tratándose de jueces supremos, dado el activismo creador del que hacen gala desde algunos años atrás.

Aparece de gran relevancia porque pone en su justo lugar a la función contralora, que en materia urbanística es fluctuante, dado que la labor de los Directores de Obras municipales llega a su conocimiento no por la vía de la toma de razón ni por la vía de una solicitud de un dictamen requerido por parte de las autoridades urbanísticas, sino por la vía de una reclamación de particulares, fluctuación que hace no poca insegura las actividades de construcción e inmobiliaria y deja en la incertidumbre la *estabilidad* de los

Empresa Diez, Luengo, Weil Ltda., t. 96/1999, 2.5, pp. 204-212; *Inmobiliaria Quartomiglio S.A.*, t. 96/1999, 2.5, p. 205; *Soc. Inmobiliaria Río Napo Ltda.*, t. 96/1999, 2.5, p. 206. Respecto del derecho a que se otorgue la recepción de la obra que se ha atendido al permiso otorgado, vid. *Soc. Clínica Iquique S.A.* (amparo económico), t. 98/2001, 2.5, pp. 50-60; *Soc. Terminal Buses Los Héroes S.A.*, t. 87/1990, pp. 3-14; para intangibilidad del acto administrativo de recepción de obra, *Santos Valcárcel*, t. 84/1987, 2.5, pp. 273-277; *González Martín*, t. 97/2000, 2.5, nota p. 40.

²⁴ Ver Soto Kloss (1992).

actos de la Administración municipal que recaen en ellas, afectando gravemente las inversiones, a veces muy cuantiosas, que conlleven los proyectos inmobiliarios.

Estos fallos parecería que pondrían punto final a esta especie de sustituto judicial en que algunos, en vez de acudir a los tribunales de justicia, pretenden erigir a la Contraloría General de la República, la cual sin ser juez y sin tener competencia para ello, se alza en organismo que “declara el Derecho” y decide, sin debido proceso alguno, sobre derechos de las personas, en un asunto en que se contiene respecto de ellos.

Si ello es así, estos fallos constituyen sentencias muy destacadas emitidas durante el año 2006, por nuestros Tribunales Superiores de Justicia, aunque la fundamentación y su consecuencial argumentación no aparezcan muy apegadas y concordes con la Constitución y las leyes vigentes, y se haya soslayado la que creemos es la verdadera base de sustentación de la solución dada, para justificar el dejar sin efecto el dictamen contralor ilegal y, por ende, arbitrario, recurrido de protección.

Pero como suelo decir en estos casos, lo importante es que se hizo justicia y se reconoció en los hechos la *estabilidad* de los actos administrativos, y de sus *efectos adquiridos*. Y es que los jueces están para hacer justicia y no para dictar cátedra, aunque el ideal sería que esa justicia fuera hecha ajustándose a una justificación rigurosa en el Derecho. Pero, tal vez, esto es mucho pedir y exigir demasiado a quienes detentan hoy la muy noble función de decir el Derecho entre nosotros.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUERREA, Pedro (2006): "La Contraloría General de la República y el control de los organismos administrativos con competencia en materia urbanística", 5 *Derecho Mayor* (IV Jornadas Constitucionales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Mayor de Temuco, octubre 2006).
- ARÓSTICA MOLDONADO, I. (2003): "La intangibilidad de los actos administrativos favorables como límite a la revocación e invalidación de oficio (en Ley 19.880, sobre procedimientos administrativos)", *Conferencias Santo Tomás de Aquino*, (Santiago, Universidad Santo Tomás) pp. 63-74.
- CALAMANDREI, P (1961): *La casación civil* (2 tomos/3 vols.) (trad. Sentís Melenndo, S.; Buenos Aires, Bibliográfica Omeba).
- CASTAÑO, S. y SOTO KLOSS, Eduardo (Eds.) (2005): *El derecho natural en la realidad social y jurídica* (Santiago, Universidad Santo Tomás).
- FERMANDOIS, Arturo (2006): "Invalidación Administrativa y Caso Celco: estabilidad o precariedad de los permisos ambientales", en Fernandois, Arturo y Delaveau, Rodrigo: *Sentencias destacadas* (Santiago, Libertad y Desarrollo), pp. 9-30.
- FISCAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1894-95): *Dictámenes* (2 vols.) (Santiago, Imprenta Nacional).
- Gómez Pérez, R. (1978): *Introducción a la Metafísica* (Madrid, Rialp).
- SOTO KLOSS, Eduardo (1974): "La competencia contencioso administrativa de los tribunales de justicia", 1 *Revista Chilena de Derecho* pp. 349-359.
- (1977): "Comentario a "Undurraga con Cora", 21/22 *Revista de Derecho Públco* pp. 233-249.
- (1984): "Los derechos adquiridos en el derecho público chileno", 81 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Primera Parte, Sección Derecho pp. 13-23.
- (1988a): La invalidación de los actos administrativos en el derecho público chileno, 85 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Primera Parte, Sección Derecho pp. 157-167.
- (1988b): "Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos" 43/44 *Revista de Derecho Públco* pp. 117-130.
- (1992): "La desconcentración en el derecho administrativo chileno" 51/52 *Revista de Derecho Públco* pp. 103-125.
- (1996a): *Derecho Administrativo* (2 vols.) (Santiago, Editorial Jurídica).
- (1996b): "La noción de acto administrativo en el derecho chileno" 60 *Revista de Derecho Públco* pp. 85-97.
- (2000): "Salinas Lolic con Municipalidad de Viña del Mar", 5 *Revista Ius Publicum* pp. 185-195 (más breve en (1999): 96 *Revista de Derecho y Jurisprudencia* pp. 175-177).
- (2001): "Sobre la autotutela de la Administración (la jurisprudencia judicial)", *La Semana Jurídica* N° 38.
- (2006a): "Ramírez Fuentes con Municipalidad de Huechuraba", 16 *Revista Ius Publicum* pp. 235-240.
- (2006b): "Validez y eficacia en el acto administrativo", *Apuntes del curso El acto administrativo* (Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile).
- (2007): "La intangibilidad de los permisos de construcción" (en prensas).

Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional

■ ■ ■

JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ

Profesor y Director de Investigación Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo
Profesor Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile

RESUMEN

El artículo explora diversas cualidades y preguntas pendientes respecto del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional. Si bien el Tribunal Constitucional se declaró incompetente en su fallo Rol N° 464 para resolver acerca de la facultad del Presidente del Senado y de su Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento para declarar inadmisible un proyecto de reforma constitucional por estimarlo contrario a la Constitución, el requerimiento presentado en este caso sacó a la luz, en forma expresa o implícita, algunos tópicos aún no definidos por el Tribunal en relación al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. El artículo analiza dos de ellas: quién está facultado para ejercer dicho control y si aquel es solo formal o también material. En este último caso se proponen fuentes de límites sustanciales al poder de reforma constitucional. El análisis de ambas temáticas es precedido por una reflexión acerca de las justificaciones del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, en cuanto institución distinta al control de constitucionalidad de leyes o de actos administrativos.

SUMARIO

I. Introducción. II. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 464 de 2006 (el Fallo). III. Planteamiento de los tópicos a analizar. IV. ¿Qué razones justifican someter las reformas constitucionales a control constitucional? 4.1 La Constitución como pacto político fundamental. 4.2 La Constitución como límite efectivo al poder. 4.3 La Constitución como norma jurídica superior. 4.4 La Constitución como instrumento de protección de los derechos fundamentales. 4.5 Control de constitucionalidad y democracia representativa. V. ¿Quién ejerce el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales? VI. ¿Fondo o solo forma? ¿Existen límites tácitos a la reforma constitucional? VII. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El fallo Rol N° 464 del Tribunal Constitucional se inserta dentro del escasísimo grupo de sentencias de ese tribunal que recaen sobre un proyecto de reforma constitucional.

La facultad del Tribunal Constitucional (TC) de revisar la constitucionalidad de las reformas constitucionales es sumamente delicada. No solo sus efectos debieran ser cualitativamente más importantes que aquellos propios del control de constitucionalidad de la ley, sino que los riesgos en ella involucrados son de gran relevancia. Su ejercicio excesivamente estricto podría causar un verdadero aniquilamiento del texto constitucional vigente. Por el contrario, su aplicación demasiado cautelosa podría conducir a la destrucción de las bases más esenciales de nuestro orden constitucional.

La necesidad de un ejercicio adecuado de esta clase de control de constitucionalidad es particularmente importante para la supervivencia y el desarrollo de sociedades democráticas y libres, las que imponen presiones opuestas sobre el fenómeno en estudio. Por una parte, la posibilidad de cambiar las normas jurídicas en vigor –incluso de rango constitucional– es un elemento esencial de las democracias libres. Negar tal facultad violaría no solo la soberanía popular (o nacional), sino que impondría una rigidez institucional incompatible con las libertades públicas en vigor. Por otra parte, la Constitución es la protección jurídica más relevante del régimen democrático y de las libertades públicas. En este contexto, la potestad del TC para fiscalizar las modificaciones a la Carta se presenta como una herramienta eficaz para asegurar el debido respeto de los órganos constituidos a los principios democráticos y liberales de la Constitución.

La importancia que adquiere la acción del TC en el contexto descrito, en cuanto verdadera bisagra del cambio constitucional, exige el desarrollo de un marco dogmático adecuado para el ejercicio de su función contralora de las reformas constitucionales. Resulta imprescindible que tanto la doctrina como la jurisprudencia del TC vayan estableciendo las modalidades, intensidades, límites, criterios y demás características del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. De esa forma, se identificarán parámetros conocidos para la acción del TC, minimizando los riesgos antes aludidos, así como los conflictos a que pudiese dar lugar.

El presente artículo toma como punto de partida algunas de las temáticas que en relación a este tópico aparecen mencionadas en la tramitación del requerimiento que dio lugar al Fallo, para luego ofrecer ciertas reflexiones en torno a algunas de las preguntas fundamentales que el TC deberá responder para otorgar orientaciones y certeza jurídica sobre su facultad de controlar la constitucionalidad de las reformas constitucionales.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 464 DE 2006 (EL FALLO)

El Fallo se dictó en el contexto del proyecto de reforma constitucional que intentaba incluir el principio de proporcionalidad y representatividad en las normas sobre el sistema electoral. Dado que dicho proyecto fue desechado en general en la Cámara de Diputados, la Presidenta intentó recurrir al artículo 68 de la Constitución. Esta norma le concede a la Presidenta la facultad de someter a la segunda Cámara proyectos de ley que la primera Cámara ha rechazado en general. Si aquella lo aprueba con los votos de los dos tercios de sus miembros presentes, la Cámara de origen solo puede rechazar dicho proyecto por los dos tercios de sus propios miembros presentes.

Los Presidentes del Senado y de su Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (los “Presidentes”), sin embargo, declararon inadmisible la invocación del artículo 68, argumentando que se trataba de una norma exclusivamente aplicable a proyectos de ley, y no de reforma constitucional. Basaron su postura en el artículo 127 de la Constitución, el cual señala expresamente que la aplicación supletoria de la normas sobre formación de la ley (como lo es el artículo 68 en cuestión) a los proyectos de reforma constitucional, debe hacerse con pleno respeto a los quórum propios de reforma constitucional contenidos en el artículo 127.

Ante ello, veinte senadores presentaron un requerimiento al TC solicitando “la declaración de inconstitucional de la actuación del Presidente del Senado y de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de dicha Corporación”, disponiendo que quedasen sin efecto y que el proyecto de reforma constitucional volviera al estado anterior a tales decisiones.

El TC distinguió dos cuestiones a decidir en el requerimiento: a) la aplicabilidad del artículo 68 a la tramitación de una reforma constitucional, y b) la facultad de los Presidentes de declarar inadmisible la tramitación de una reforma constitucional por ser contraria a la Constitución.

Respecto al primer punto, el TC adopta una posición intermedia entre las posturas de requirentes y requeridos, señalando que el artículo 68 debe aplicarse a las reformas constitucionales de forma calificada, respetando los quórum dispuestos por el artículo 127 para los proyectos de reforma constitucional.

Respecto a la segunda cuestión, el TC se declara incompetente. La misión y las atribuciones del TC apuntarían a velar por la supremacía constitucional, lo que no implicaría conocer de infracción de normas legales o “infralegales” (los reglamentos de las Cámaras). Considerando que la declaración de inadmisibilidad de un proyecto de reforma constitucional no está regulada en la Constitución, sino en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (“LOC del Congreso”) y en el Reglamento del Senado, no se trataría de una materia propia de la competencia del TC.

III. PLANTEAMIENTO DE LOS TÓPICOS A ANALIZAR

Mencionábamos que el TC identificó en el Fallo dos problemas distintos sometidos a su consideración. El primero de ellos se refería al supuesto conflicto entre los artículos 68 y 127 de la Constitución. Evidentemente, se trataba de un problema de interpretación constitucional y de utilización de criterios hermenéuticos que permitieran la integración armónica de ambos artículos, tal y como lo resolvió el TC. En razón de lo anterior, y del hecho de que este aspecto del Fallo ya ha sido comentado por la doctrina¹, no profundizaremos en esta materia.

El segundo problema identificado por el TC consistía en determinar si los Presidentes podían declarar inadmisible la tramitación de una reforma constitucional por ser contraria a la Constitución. Sabemos que el TC se declaró incompetente por cuanto solo podría conocer de inconstitucionalidades inmediatas (infracción directa de la Constitución) y no de aquellas mediadas (infracción de normas infraconstitucionales).

La decisión del TC es respetable en este punto en cuanto refleja una doctrina establecida y aplicada con suficiente constancia². Sin embargo, la declaración de incompetencia impidió que el TC se refiriera a una serie de cuestiones de fondo ligadas al control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional.

¹ NOGUEIRA (2006). Véase también el voto de minoría de don Raúl Bertelsen a la sentencia Rol N° 464 del TC (31 de enero de 2006).

² Véase, por ejemplo, los fallos del TC Roles N° 254 (26 de abril de 1997) y N° 260 (13 de octubre de 1997).

A continuación analizaremos dos de las temáticas que no fueron resueltas por el Fallo, pero que resultan fundamentales para el desarrollo de una doctrina coherente en la materia. En primer término, los hechos del caso en estudio sugieren que no existe claridad acerca de los agentes del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales: ¿solo el TC o también algunos órganos de carácter parlamentario? En segundo término, las características propias de esta clase de control exigen determinar la naturaleza y alcances del mismo. En otras palabras, ¿se trata de un control de constitucionalidad solo formal o también material? y, en este último caso, ¿cuáles serían los contenidos inmodificables de la Constitución de 1980?

Las preguntas anteriores, sin embargo, no pueden abordarse sin analizar primero la legitimidad del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, cuestión que influirá decididamente en la respuesta a las preguntas planteadas.

IV. ¿QUÉ RAZONES JUSTIFICAN SOMETER LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES A CONTROL CONSTITUCIONAL?

Las críticas al control de constitucionalidad son una materia conocida. Más allá de las diversas elaboraciones al respecto, su contenido medular consiste en cuestionar su legitimidad a la luz de las teorías clásicas de la democracia representativa. Adicionalmente, se cuestiona su eficacia, su posible impacto en el sistema de división de funciones entre los diversos órganos del Estado, su tendencia a politizar el órgano contralor, entre otros.

Como regla general, estas críticas se aplican con aún más fuerza cuando el objeto del control no es ya la ley o los actos administrativos, sino reformas constitucionales, particularmente si en su proceso de aprobación ha participado directamente el pueblo. La “dificultad contramayoritaria”³ del control de constitucionalidad se hace más evidente, su eficacia más dudosa, su impacto en la división de poderes más directo y la politización del contralor más probable.

Por el contrario, las defensas comúnmente esgrimidas para justificar el control de constitucionalidad de leyes y actos administrativos⁴ no son completamente aplicables al control de reformas cons-

³ BICKEL (1986).

⁴ Una buena síntesis de estas defensas puede encontrarse en CAPPELLETTI (1984) y GARCÍA DE ENTERRÍA (1985).

titucionales. Existen diferencias importantes que obligan a reformular, o incluso a descartar, los argumentos tradicionales en favor del control de constitucionalidad. Adicionalmente, existen ciertos razonamientos que se aplican más directamente al control de constitucionalidad de reformas constitucionales que al de normas legales o administrativas.

En nuestra opinión, las defensas más relevantes de la institución del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales van íntimamente ligadas a lo que entendamos por Constitución, cuestión que a su vez determinará el valor relativo que otorgaremos a su texto original, a sus reformas y al rol que le cabe en esta materia al TC.

4.1 La Constitución como pacto político fundamental

En términos sintéticos, esta línea argumental señala que el control de constitucionalidad de las leyes se justifica en la concepción de la Constitución como pacto político fundamental sobre el que se estructura la sociedad. Más allá de adherir o no a las tesis contractualistas⁵, la noción de Constitución como acuerdo fundacional es una realidad política innegable con efectos jurídicos sustanciales, tales como los principios de supremacía constitucional y de fuerza directamente vinculante de la Constitución. La potencia relativa de esta noción en cada sociedad dependerá de diversos factores, destacando el procedimiento de aprobación a que haya sido sometida la Constitución (y en especial de la participación que el pueblo haya tenido en él), así como el consenso alcanzado durante su discusión, formulación y puesta vigencia.

Si la Constitución es el gran acuerdo que permite la vida en sociedad, entonces no es solo legítimo sino de toda lógica que su letra y espíritu puedan y deban ser impuestos a quienes dirigen esa sociedad. Aceptar lo contrario sería absurdo; el pacto perdería toda eficacia, ya que los actos de las autoridades son justamente aquellos que tienen una influencia determinante en el cumplimiento del pacto y en la vida social. Adicionalmente, desconocer la Constitución es un contrasentido para los órganos estatales, pues significaría desconocer la fuente de su propio poder.

La experiencia histórica, por su parte, nos ha enseñado que la existencia de un órgano contralor de constitucionalidad es imprescindible

⁵ Me refiero a los seguidores de J.J. Rousseau y su teoría del pacto social.

ble para asegurar la fidelidad al pacto fundacional. Entre sus facultades, dicho órgano debe ser capaz de dejar sin efecto normas incompatibles con la Constitución, incluyendo los actos del legislativo.

Toda la construcción anterior, sin embargo, podría perder fuerza en el caso de una reforma constitucional. En efecto, cuando se ha seguido el procedimiento de modificación que señala la misma Constitución (reglas que toda Constitución en vigencia contiene, casi sin excepción), lo que ha sucedido es que la sociedad ha decidido variar el pacto fundamental, pacto que a su vez previó y permitió la posibilidad de dicho cambio. En este escenario, es la propia argumentación de la fidelidad al pacto la que obliga a acatar la reforma, la cual es una versión actualizada del mismo pacto.

En otras palabras, si la razón final para anular leyes era que contravenían el acuerdo social fundamental, la reforma constitucional no podría anularse por cuanto representa precisamente el contenido presente de ese acuerdo base.

Podría alegarse que el argumento anterior es excesivamente formalista, por cuanto no hay certeza de que el ejercicio del poder constituyente derivado sea efectivamente expresión del nuevo acuerdo social, cuestionando de esa forma su fuerza legitimadora. Más aún, cabe considerar que los procedimientos de reforma constitucional, en la generalidad de los casos, no incluyen al pueblo dentro de su tramitación (solo excepcionalmente, como es el caso del plebiscito contemplado en los artículos 128 y 129 de la Constitución chilena). Esta falta de participación permitiría una abierta divergencia entre la voluntad popular sobre el contenido del acuerdo fundacional, y lo que disponen los agentes de reforma constitucional (en Chile, el Presidente de la República y el Congreso Nacional).

Si bien estas consideraciones no carecen de mérito, ellas son incompatibles con un sistema institucional estable. Si bien es cierto que en la democracia representativa contemporánea nada asegura que la voluntad de los representantes se ajuste fielmente a la de sus representados⁶, debemos asumir que aquellos pueden adoptar decisiones vinculantes para toda la sociedad si lo hacen bajo el pacto fundacional. En otras palabras, afirmar que los actos del Estado

⁶ Quizás no tendría por qué hacerlo. Sostenemos que la discusión acerca del mandato vinculante está mal enfocada, toda vez que la representación política no comparte las características esenciales de la institución de derecho civil de la que toma su nombre, y mal puede por tanto aplicarse a aquella las categorías de esta.

valen en cuanto expresión de la voluntad popular es hoy solo una ficción; ellos valen en cuanto se ajustan al marco formal y sustancial fijado por esa voluntad popular en la Constitución. Si ello se cumple, deberíamos estar dispuestos a reconocer que las reformas constitucionales son una legítima actualización del pacto fundacional, contemplado y aceptado por este último.

Concluimos entonces que la noción de Constitución como pacto político fundacional sirve para justificar el control de constitucionalidad de leyes y otros actos del Estado, pero no de reformas constitucionales.

4.2 La Constitución como límite efectivo al poder

Si observamos el constitucionalismo como un fenómeno histórico, una Constitución es primeramente y ante todo un instrumento que fija límites efectivos al poder en beneficio de la libertad del ser humano. Reconociendo derechos fundamentales inalienables, dividiendo el ejercicio de las diversas funciones del Estado entre distintos órganos, configurando controles verticales y horizontales, internos y externos, las Constituciones han buscado desde siempre “domesticar” el poder del Estado.

Desde esta perspectiva, la Constitución se convierte en un instrumento esencialmente flexible, que debe ir evolucionando en la medida que el poder también lo hace. Es así como las Constituciones nacen como frenos al poder monárquico. Posteriormente, cuando el poder efectivo pasó del Rey a los Parlamentos, las Constituciones debieron adaptarse a esta nueva realidad. La limitación real del Poder Legislativo fue un proceso lento, dentro del cual la creación de Tribunales Constitucionales fue fundamental, y que solo recientemente ha alcanzado la madurez esperada.

En este contexto, el control de constitucionalidad de la ley encuentra plena justificación en la vocación misma de la Constitución, en cuanto límite de los poderes del Estado, en este caso del Legislativo. Dicho control asegura que la Constitución sea, en la realidad fáctica, un límite a la acción del Estado, razón de ser de su existencia⁷.

Lo anterior, sin embargo, no es aplicable al control de constitucionalidad, a menos que realicemos ciertos ajustes de dudosa conveniencia.

⁷ Véase KELSEN (2002) p. 5, ROUSSEAU (2002) pp. 28-30 y FAVOREU (1994) p. 26.

Si las Constituciones son meros instrumentos de limitación del poder, entonces las reformas constitucionales deberían ser consideradas solo como una actualización o mejora de tales limitaciones. El órgano contralor, por tanto, debería limitarse a aplicar este nuevo diseño, la “nueva receta” de control de poder. No tendría sentido, por tanto, que aquel órgano controlase la constitucionalidad de las reformas constitucionales, ya que el criterio último para tal evaluación –la limitación efectiva del poder– necesariamente es un concepto evolutivo que enfrentará antiguas normas constitucionales con nuevas normas constitucionales. En esta perspectiva, el órgano contralor no es ya el “guardián de la Constitución”, sino que el “guardián de la aplicación de la Constitución”, con el contenido que ella tenga en un momento determinado.

No obstante lo señalado, convendría preguntarse qué sucedería si las reformas constitucionales aprobadas en un momento dado *aten-tan contra la limitación al poder*. En otras palabras, ¿qué sucedería si las reformas constitucionales implicaran la destrucción de la esencia misma de la Constitución, permitiendo el ejercicio ilimitado del poder del Estado? Podríamos afirmar que tales reformas constitucionales, si bien aspiran a ser formalmente Constitución, no podrían serlo jamás, toda vez que no responden a la esencia misma de las Constituciones, cual es la limitación del poder estatal. Pensemos, por ejemplo, en la consagración de un presidente vitalicio. O en la eliminación de la separación de funciones con la consecuente concentración del Ejecutivo, Legislativo y Judicial en un solo órgano. O en la supresión de toda forma de gobierno local o regional.

Lo anterior nos llevaría a sostener que sería función del contralor de constitucionalidad verificar, a lo menos, si las nuevas disposiciones constitucionales efectivamente actualizan o mejoran los límites al poder del Estado. Sin embargo, cabe considerar que lo más probable es que se trate de casos mucho más dudosos y grises que los antes enunciados. Así, por ejemplo, podría considerarse que la eliminación de una prohibición de reelección en un cargo público debilita los límites del poder, o que sería inaceptable reforzar aún más nuestro presidencialismo, o que la instauración de un sistema parlamentario sería inconstitucional, dado el estrecho vínculo que supone entre Ejecutivo y Legislativo. Al respecto, no encontramos mayor sustento a que sea el contralor de constitucionalidad el llamado a imponer su visión al respecto, toda vez que tales modificaciones pueden suceder en un contexto de efectiva limitación al

poder y, por tanto, no debieran concernir mayormente al tribunal constitucional.

En conclusión, la concepción de la Constitución como un instrumento de limitación al poder podría servir para justificar el control de constitucionalidad de reformas constitucionales, pero solo en casos muy excepcionales, los que a su vez supondrían una verdadera revolución institucional de imprevisibles consecuencias.

4.3 La Constitución como norma jurídica superior

La Constitución se concibe como la norma de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, una suerte de *high law* cuyo contenido conforma y obliga al resto de las normas.

La consecuencia directa de la superioridad jerárquica de la Constitución consiste en que, en caso de conflicto con cualquier otra norma jurídica (al menos de derecho interno), aquella primará siempre. En este contexto, el control de constitucionalidad de la ley es un ejercicio imprescindible para hacer realidad la jerarquía superior de la Constitución.

Nuevamente, no es posible aplicar directamente esta justificación al control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. En primer término, las reformas constitucionales se convierten en Constitución, y por tanto no podrían estar sujetas a una norma superior. En segundo lugar, podría objetarse que no corresponde ni tiene sentido constatar la incompatibilidad entre una norma existente y otra norma que la viene a reemplazar, adoptando la misma jerarquía de aquella. Evidentemente, ellas serán disonantes simplemente porque no están llamadas a convivir. Lo contrario sería negar toda posibilidad de cambio constitucional.

En este contexto, la justificación del control de constitucionalidad de la reforma constitucional requiere de ciertas consideraciones concatenadas.

En primer término, existe una dimensión temporal en la reforma constitucional que debemos tener en cuenta. Las reformas constitucionales nacen como proyectos de ley, los que solo alcanzan rango propiamente constitucional al terminar completamente su tramitación y entrar en vigencia. Antes de eso, su naturaleza y jerarquía es meramente legal, y por tanto sometible a las exigencias de la Constitución vigente en cuanto norma jurídica superior.

En segundo lugar, el control de constitucionalidad de una reforma constitucional es por esencia limitado por la razón que enunciábamos antes: necesariamente existirán contradicciones entre la norma constitucional vigente y la ley de reforma constitucional, de lo contrario no sería necesario hacer una reforma.

¿Qué contenidos de una Constitución son entonces vinculantes para una reforma constitucional? Los más evidentes son las normas y principios acerca de la reforma constitucional, lo que constituiría un control de constitucionalidad formal de las reformas constitucionales. Esta clase de control resulta imprescindible por cuanto permite al ordenamiento jurídico reconocer cuándo se ha variado la norma superior, y cuál es su nuevo contenido. Esta necesidad de certeza es tan relevante que se impone por sí misma sobre otras consideraciones⁸.

Adicionalmente, nos encontramos con la discusión acerca de los límites sustantivos a la reforma constitucional, sean estos expresos o tácitos en el texto constitucional. Sin perjuicio de volver a este tema con mayor detenimiento más adelante, sostendremos ahora que la idea o noción de la Constitución como norma jerárquicamente superior es permeable al reconocimiento de estos límites sustantivos a la reforma constitucional. En efecto, resulta lógico que los contenidos más fundamentales de la norma de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico sean imponibles a toda otra norma, incluyendo las reformas constitucionales, al menos mientras ostenten estatus de ley.

4.4 La Constitución como instrumento de protección de los derechos fundamentales

Sabemos que el impulso final y determinante para la aceptación generalizada del control de constitucionalidad fue la necesidad de una defensa eficaz de los derechos fundamentales.

⁸ Particular relevancia presenta para estos efectos el caso inglés, donde uno de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional es el de la supremacía o soberanía parlamentaria. Este principio impide a cualquier Parlamento imponer límites inmodificables a futuros Parlamentos. Pues bien, las Leyes Parlamentarias de 1919-1949 reconocen una importante excepción a este principio, toda vez que definen la forma en que debe expresarse la voluntad del Parlamento para ser reconocida como tal, cuestión que, según la doctrina inglesa, escaparía a la mera voluntad del Parlamento de turno. En el fondo, la necesidad de certeza (cómo se reconoce la voluntad del Parlamento) prima sobre otras consideraciones (la soberanía parlamentaria).

La experiencia del siglo XX nos demostró que el legislador podía rápidamente convertirse en el mayor verdugo de la libertad, de la vida, de la propiedad y de tantos otros derechos⁹. En razón de lo anterior, y como una forma de proteger a las minorías de la tiranía de las mayorías, se garantizó la revisión de las normas legales a la luz de los derechos fundamentales recogidos en los textos constitucionales. Tales derechos se convierten en el corazón infaltable en toda Constitución¹⁰, y transforman la visión tradicional de Constitución como límites al poder. En palabras de BIDART CAMPOS: “No se reconocen derechos para limitar al poder sino, a la inversa, se limita al poder para preservar los derechos”¹¹.

Esta justificación del control de constitucionalidad, a diferencia de los casos anteriores, nos parece plenamente aplicable a las reformas constitucionales. En efecto, la jerarquía de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico es tal, que su respeto no admite excepciones ni retrocesos de ningún tipo. Más aún, el artículo 5º de la Constitución dispone expresamente que los derechos fundamentales importan una *limitación a la soberanía*. Más allá de las discusiones acerca del significado real de la soberanía hoy, queda claro que el texto constitucional ha dejado constancia explícita de la renuncia de su autor –el soberano– a ejercer su poder en perjuicio de los derechos fundamentales.

Podría argumentarse que la efectividad y validez de dicha renuncia es cuestionable dado el origen de la Constitución de 1980 y la concepción tradicional de soberanía como un poder (o característica del poder estatal) irrenunciable, inalienable y absoluta. En relación a la primera dificultad, su análisis en profundidad excede el objeto de este trabajo, por lo que baste señalar que la realidad política y jurídica contemporánea otorga plena validez a la Constitución de 1980, lo cual a su vez supone que, al menos en el presente, es un producto de la voluntad soberana de la nación y/o del pueblo. En cuanto a la segunda objeción, nos parece que aquella carece de fuerza en la realidad actual, toda vez que ya nadie sostiene que la soberanía es absoluta. Este fenómeno, si bien obedece a diversas causas, se debe principal y precisamente al auge de los derechos fundamentales.

⁹ BACHOF (1985) p. 48, FAVOREU (1994), p. 22 y CEA (2001).

¹⁰ Al punto que constituciones que originalmente no contenían un catálogo de derechos, como la francesa, se han visto en la obligación de incorporarlos en virtud de complejos y conflictivos procesos jurídicos, tales como la invocación de constituciones pasadas o del derecho internacional escrito y consuetudinario.

¹¹ BIDART CAMPOS (1987) p. 52.

En términos sintéticos, sostenemos que el respeto a los derechos fundamentales es hoy intransable, así ello signifique revisar todas las concepciones tradicionales acerca de términos tan sacro/santos como democracia, soberanía, representación, razón de Estado, entre muchas otras. En otras palabras, no existe en el derecho absolutamente ninguna institución que pueda hoy sostenerse si no es compatible con los derechos fundamentales. Es por ello que el artículo 5º de la Constitución, más que establecer un límite novedoso y de escasa aplicación práctica, está reconociendo una realidad en innegable consolidación.

En este contexto, no cabe duda que la defensa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución justifica plenamente la revisión de la constitucionalidad de las reformas constitucionales. Argumentos de realidad jurídico-política, y el propio artículo 5º de la Constitución, así lo garantizan.

4.5 Control de constitucionalidad y democracia representativa

Tal y como diversos autores han venido señalando con particular fuerza desde comienzos del siglo XX¹², la democracia representativa es un complejo conjunto de ideas, instituciones y procesos no exentos de crítica. En forma sucinta, podemos señalar que las formas actuales de democracia distan mucho de otorgar suficiente poder al pueblo *vis-à-vis* sus representantes, fenómeno que a su vez ha sembrado dudas acerca de principios fundantes de la democracia representativa tales como soberanía popular, responsabilidad parlamentaria, separación de funciones, libre elección de representantes, distinción entre poder constituyente originario y derivado, entre muchas otras.

En este contexto de *disempowerment* del pueblo, el control de constitucionalidad se mantiene como una institución con la potencialidad de cautelar los límites impuestos por aquel a sus representantes. En efecto, la gran mayoría de las constituciones contemporáneas basan su legitimidad en alguna forma de participación directa del pueblo en su génesis. De esta forma, el pueblo sanciona los principios, valores y límites que deberán inspirar y condicionar la actividad de los representantes. Tales límites se hacen efectivamente

¹² El caso paradigmático fue el de SCHMITT, especialmente (1990). También ver (1968), (1971) y (1985).

indisponibles para estos en la medida que un órgano distinto a tales representantes cautele su estricto cumplimiento. En otras palabras, si la Constitución contiene la voluntad popular, garantizar el respeto a la misma por parte de los representantes contribuye a preservar la preeminencia de esa voluntad popular por sobre la voluntad de aquellos. De esta forma, el control de constitucionalidad se convierte en una herramienta de control de gobernados sobre gobernantes¹³.

Evidentemente que la tesis anterior presenta ciertas debilidades. En primer término, la clase de control antes mencionado no es el tradicionalmente democrático. Podría ser considerado un control *del* pueblo y *para* el pueblo, pero difícilmente las características tecnaroaristocráticas y no electivas de los tribunales constitucionales se condicen con un control *por* el pueblo. En segundo lugar, la misma crítica de *disempowerment* del pueblo en los procesos eleccionarios o legislativos podría aplicarse a los procesos constituyentes, con lo cual el supuesto base de que la Constitución es expresión y reflejo de la voluntad popular pierde parte importante de su contenido. Es así como las reformas constitucionales son procesos técnico-políticos en que la participación popular suele limitarse a una aprobación formal de una suerte de “paquete” predefinido por otros actores, el cual ha sido poco explicado al electorado, aún menos comprendido por aquel, y al cual se han unido una serie de promesas extrajurídicas de desarrollo, progreso, recuperación de la dignidad nacional, lucha de clases, etc.

No obstante lo anterior, en nuestra opinión aún es posible sostener que el control de constitucionalidad permite hoy a los ciudadanos ejercer cierto control, aun cuando sea indirecto e imperfecto, sobre sus otrora todopoderosos representantes.

Las ideas anteriores son idóneas para justificar el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, particularmente en el contexto chileno. En efecto, si la función del órgano contralor es hacer efectivas las disposiciones constitucionales, en cuanto

¹³ Algo similar sostiene Dominique Rousseau, quien ofrece un interesante ejemplo consistente en la imposición por parte del Consejo Constitucional francés de la voluntad popular sobre el respeto al derecho de propiedad, expresada mediante referéndums, por sobre la voluntad de los órganos representativos a favor de la nacionalización. Interesante es también la proposición de la autora de superar la democracia representativa por una “democracia continua”, cuestión que supone un activo ejercicio de la jurisdicción constitucional. Véase ROUSSEAU (2002) pp. 27-28 y 106-107.

expresión de la voluntad popular, aun contra la voluntad de los órganos representativos, no tendría sentido que tales entes pudiesen vencer la resistencia del órgano contralor por el mero expediente de reformar la Constitución. Debemos recordar que la Constitución de 1980 otorga la facultad de reformar la Constitución justamente a los órganos representativos “regulares”, y que el pueblo solo interviene excepcionalmente, en el caso de convocarse a plebiscito en conformidad a lo dispuesto en los artículos 128 y 129 de la Carta. En consecuencia, si el órgano contralor no revisara las reformas constitucionales a la luz de la “voluntad original” del pueblo, dicha voluntad sería fácilmente burlable por los órganos representativos, los que podrían cambiar el contenido de la Constitución a su arbitrio.

V. ¿QUIÉN EJERCE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES?

Si aceptamos la legitimidad, o al menos la necesidad, del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, debemos entonces considerar quién o quiénes deben ser sus agentes.

Al respecto, sabemos que la álgida discusión propia de principios del siglo pasado¹⁴ ha dado lugar a la imposición, en la gran mayoría de los países occidentales, de un sistema de control concentrado a cargo de tribunales o cortes constitucionales.

Ahora bien, la concentración del control de constitucionalidad admite diversos grados de intensidad y exclusividad. Distintos sistemas otorgan ciertas facultades en estas materias a órganos adicionales al tribunal o corte constitucional. En el caso chileno, por ejemplo, la Contraloría General de la República conoce de la constitucionalidad de actos administrativos, los Tribunales de Justicia resuelven acerca de la Nulidad de Derecho Público, la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones conocen recursos constitucionales, etc.

En el caso chileno, las normas sobre control de constitucionalidad de las reformas constitucionales son las siguientes.

¹⁴ Particular importancia tuvo a este respecto la polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt durante la primera mitad del siglo XX. Véase KELSEN (2002) y SCHMITT (1983). En Chile, BERTELSEN (1969) aborda este punto.

En primer término, la Constitución establece en su artículo 93 Nº 3 que:

“Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (...) 3º Resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”; (...).

El mismo artículo 93 establece la legitimación activa (Presidente de la República, las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio), y las bases del procedimiento a seguir.

Adicionalmente, el artículo 24 de la Ley Nº 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (“LOC Congreso”) dispone en su inciso segundo que:

“No podrán admitirse indicaciones contrarias a la Constitución Política”.

A su vez, el artículo 25 de la LOC del Congreso señala que:

“Corresponderá al presidente de la sala o comisión la facultad de declarar inadmisible las indicaciones a que se refiere el artículo anterior. No obstante, la sala o comisión, en su caso, podrá reconsiderar dicha admisibilidad.

La declaración de inadmisibilidad puede ser hecha por el presidente de propia iniciativa o a petición de algún miembro de la corporación, en cualquier momento de la discusión del proyecto”.

Agrega este artículo 25 que el hecho que alguno de los Presidentes declare la admisibilidad de una indicación, o no la declare inadmisible, no obsta a la facultad del otro de los Presidentes para declararla inadmisible o para consultar al respecto a la Sala o a la Comisión respectiva.

Cabe destacar que ambos artículos de la LOC del Congreso antes citados son plenamente aplicables tanto a los proyectos de ley como a los de reforma constitucional, en virtud de lo dispuesto en forma expresa por el artículo 2º de la misma LOC del Congreso. Debe además recordarse que las leyes de reforma constitucional tienen precisamente la naturaleza jurídica de ley mientras no se incorporen al texto constitucional.

En cuanto al Reglamento del Senado, su artículo 118, al referirse a la discusión general de los proyectos de ley (incluyendo leyes de reforma constitucional), señala que:

“No podrán admitirse las indicaciones que importen nuevos gastos con cargo a los fondos del Estado o de sus organismos, o de empresas de que sea dueño o en que tenga participación, sin crear o indicar, al mismo

tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender a dichos gastos, *ni otras indicaciones contrarias a la Constitución Política del Estado* (el destacado es nuestro). Correspondrá al Presidente y a los Presidentes de las Comisiones, en su caso, la facultad de declarar la inadmisibilidad de las indicaciones a que se refieren los párrafos anteriores. No obstante, ellos podrán consultar a la Sala o a la respectiva Comisión, en su caso, cuando estimen dudosa la inadmisibilidad de las indicaciones.

La declaración de inadmisibilidad puede ser hecha por el Presidente en cualquier momento de la discusión del proyecto, sea durante la discusión general misma o después cuando se considere el segundo informe a que se refiere el artículo 121.

La cuestión de inadmisibilidad que hubiere sido rechazada en Comisión no obsta a la facultad del Presidente para hacer la declaración de inadmisibilidad de las indicaciones o para consultar a la Sala en su caso.

Cuando las indicaciones a que se refiere esta letra presentadas por los Senadores afecten, en cualquier forma que sea, materias cuya iniciativa corresponda únicamente al Presidente de la República o a sus facultades exclusivas, no serán tomadas en cuenta ni siquiera para el solo efecto de ponerlas en su conocimiento”.

A su vez, el artículo 131 del mismo reglamento dispone, en sus números 4º y 5º, que en la discusión de asuntos sometidos al Senado se pueden presentar indicaciones:

“4º Para promover la cuestión de inadmisibilidad a discusión o a votación del asunto en debate, por ser contrario a la Constitución Política del Estado;

5º Para promover tal cuestión respecto de algunas de las indicaciones que se formulen, por ser estas también inconstitucionales o extrañas a las ideas básicas o fundamentales del proyecto;”

Complementariamente, el artículo 122 de este reglamento dispone que:

La Sala, o la Comisión en su caso, podrá reconsiderar la declaración de inadmisibilidad de indicaciones hecha por el respectivo Presidente.

También cabe destacar los artículos 23 Nº 9 y 215 del Reglamento del Senado, los cuales disponen que corresponde al Presidente del Senado cuidar de la observancia del Reglamento, resolviendo las cuestiones de interpretación o de aplicación que surjan y que le parezcan claras. Los Comités pueden reclamar de la resolución del Presidente, cuestión que deberá informar la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y luego ser votada en Sala. Esta decisión final, sin embargo, “*no alterará la del Presidente en cuanto ella haya producido efectos*”.

Por su parte, el artículo 267 del Reglamento de la Cámara de Diputados establece que:

“No serán admisibles las indicaciones a que se refieren los incisos segundo y tercero del artículo 24 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (contrarias a la Constitución; importen nuevos gastos, o se trate de materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República)”

A su vez, el artículo 53 Nº 2 del (complementado por el artículo 237 Nº 16) del mismo reglamento confiere a su Presidente la facultad de:

“Declarar la inadmisibilidad de los proyectos y de las indicaciones en conformidad a los artículos 15 y 25 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional”

Cabe recordar que el mencionado artículo 25 de la LOC del Congreso, en conjunto con el artículo 24 de la misma ley, encargan al presidente de una cámara o de una sala la declaración de inadmisibilidad de indicaciones por ser contrarias a la Constitución.

Al igual que en el caso del Senado, corresponde al Presidente de la Cámara de Diputados “cuidar la observancia del reglamento” (artículo 237º Nº 2)

Del análisis del conjunto de normas transcritas podemos formular las siguientes afirmaciones:

En primer lugar, no existe un monopolio exclusivo del TC en materia de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. Por el contrario, las Cámaras, sus Comisiones y sus respectivos presidentes (conjuntamente los “Órganos Parlamentarios”) ejercen ciertas atribuciones en la materia. Más aún, el pronunciamiento favorable (o la omisión de control de constitucionalidad) de alguno de los Órganos Parlamentarios no impide que otro de ellos pueda abocarse nuevamente a la cuestión y sancionar la inadmisibilidad de la indicación por inconstitucionalidad. Entendemos que la razón detrás de esta multiplicidad de contralores y oportunidades de control es la preeminencia del principio de supremacía constitucional y la necesidad de asegurar su estricto cumplimiento.

En segundo lugar, no es claro el alcance del control que ejercen los Órganos Parlamentarios. Si analizamos detenidamente la LOC Congreso, observaremos que confiere competencias contraloras de constitucionalidad *solo a propósito de las indicaciones*. No se refiere, por tanto, al control de constitucionalidad de mociones o mensajes presidenciales.

El Reglamento de la Cámara de Diputados, en cambio, establece explícitamente que es facultad del presidente de la corporación declarar inadmisibles *proyectos o indicaciones* que sean contrarias a la Constitución (artículo 53 Nº 2). Por proyectos debemos entender el cuerpo principal en discusión, sea que tenga origen en una moción parlamentaria o en un mensaje presidencial y que aspira a convertirse en ley (incluso en ley de reforma constitucional).

El Reglamento del Senado es menos claro. Si revisamos las normas antes transcritas, veremos que la facultad de declarar la admisibilidad se dirige siempre a indicaciones, y no a proyectos de ley propiamente tales. Sin embargo, existe una excepción, cual es el artículo 131 Nº 4, el que se refiere a la inadmisibilidad “del asunto en debate”.

Se presentan, por tanto, dos dudas en relación a esta materia. La primera dice relación con la falta de congruencia entre la LOC Congreso y los reglamentos de las Cámaras, cuestión a la que nos referiremos más adelante.

La segunda consiste en determinar si el Reglamento del Senado efectivamente permite la declaración de inadmisibilidad por inconstitucionalidad de proyectos de ley (y por tanto de reforma constitucional). En esta materia, nos inclinamos por una respuesta afirmativa. Creemos que el artículo 131 es la clave en este tópico, ya que su aplicación es extraordinariamente general. La misma norma señala expresamente que las indicaciones que enumera se pueden formular en cualquier asunto de que conozca el Senado, en cualquier estado de tramitación del mismo. Más aún, repite explícitamente la competencia del Presidente de la Corporación y de sus comisiones para resolver estas materias, y la posibilidad de revisar su decisión por parte de las comisiones o de las Salas. En otras palabras, el artículo 131 es la norma general en materia de indicaciones de admisibilidad, y por tanto no es necesario que sus disposiciones sean repetidas por otras normas del Reglamento del Senado para poder aplicarse a toda la actividad de la Corporación. Adicionalmente, consideramos que la utilización de la expresión “asunto en debate” es justamente una prueba más de la generalidad que busca alcanzar el artículo 131 en su aplicación, y es fácilmente deducible del texto y del contexto que se refiere no solo a indicaciones, sino también a los proyectos de ley.

Finalmente, creemos que un argumento auxiliar al anterior es la necesaria simetría que debe existir entre los reglamentos de las

Cámaras¹⁵. Al respecto, cabe recordar que el Reglamento de la Cámara de Diputados sí establece claramente la posibilidad de declarar inadmisible por inconstitucional un proyecto de ley y no solo indicaciones al mismo.

En tercer lugar, el artículo 118 del Reglamento del Senado (dentro del marco del artículo 24 de la LOC del Congreso) establece una inconstitucionalidad especialmente calificada acerca de las indicaciones senatoriales en materias de exclusiva iniciativa presidencial. Si bien la norma no señala quién actúa en este caso como agente contralor, creemos que se trata del presidente del Senado. Ello en virtud de los artículos 23 Nº 9 y 215 antes transcritos (corresponde al Presidente del Senado cuidar de la observancia del Reglamento y resolver las cuestiones que surjan sobre su interpretación o aplicación).

En cuarto lugar, la última palabra la tiene la sala respectiva. Diversas normas de la LOC Congreso y particularmente de los reglamentos de las Cámaras, demuestran que las decisiones que en materia de admisibilidad adopten los presidentes de estas corporaciones, o de sus comisiones, son siempre revisables por la comisión respectiva, y en última instancia por la Sala¹⁶. Lo anterior no es sino una consecuencia lógica de la posición de los presidentes en relación a las comisiones y a las Cámaras. En efecto, aquellos desarrollan funciones de organización, facilitación o conducción, pero en ningún caso sustituyen a la voluntad del cuerpo realmente relevante, el que siempre podrá desautorizar a su presidente.

Esta característica evidencia, sin embargo, una gran debilidad del control de constitucionalidad por parte de los Órganos Parlamentarios. En dos palabras, si la decisión final siempre puede ser adoptada por la Sala, entonces va a ser la mayoría política quien va a resolver la cuestión, convirtiendo dicho control en un mero trámite dentro del proceso legislativo. Cabe recordar que normalmente son las opiniones y derechos de las minorías las que dependen de un control de constitucionalidad efectivo, y que es difícil que argumentos de este tipo detengan a una mayoría política decidida. En definitiva, no hay control posible si hay identidad entre contralor y controlado.

¹⁵ SILVA BASCUÑAN (1997b) p. 25.

¹⁶ El art. 215 del Reglamento del Senado podría en la práctica aplicarse como una excepción relativa a este principio, toda vez que establece que la decisión del Presidente del Senado en materias de aplicación e interpretación de ese Reglamento puede no ser revisable por la Sala si ya produjo efectos.

Ahora bien, las cuatro afirmaciones anteriores suponen todas que las disposiciones transcritas previamente son válidas. Podría argumentarse, sin embargo, que tales normas adolecen en sí mismas de inconstitucionalidad toda vez que se refieren a materias que no le han sido encargadas expresamente por la Constitución. En efecto, la Carta no confiere en ningún caso facultades expresas a los Órganos Parlamentarios para controlar la constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional.

No obstante lo anterior, no debe olvidarse que la LOC del Congreso, en cuanto Ley Orgánica Constitucional, fue sujeta a control preventivo obligatorio de constitucionalidad por parte del TC. El fallo respectivo¹⁷ da cuenta del análisis minucioso al que fue sometido dicho proyecto. Incluso parte del artículo 24 antes citado fue declarada inconstitucional por el TC, sin que las disposiciones antes transcritas recibieran reparo alguno. Podríamos por tanto señalar que tales normas son, a juicio del TC, constitucionales.

Más aún, el mismo TC afirmó expresamente que el ámbito de la LOC Congreso, en cuanto ley orgánica, “debe entenderse que no se encuentra limitado a los casos que la Carta Fundamental expresamente señala”, sino que aquella “puede abordar otros muy diversos aspectos de la función legislativa y de las demás atribuciones y funciones que corresponden a la Cámara de Diputados, al Senado y a los miembros de estos”.

En consecuencia, existen antecedentes relevantes para afirmar que la LOC del Congreso podía referirse a controles de constitucionalidad, aun cuando ello no le hubiere sido encargado por la Constitución.

En cuanto se refiere a los reglamentos del Senado y de la Cámara de Diputados, sabemos que aquellos no están sometidos a control alguno de constitucionalidad o siquiera de legalidad. Indudablemente se trata de una materia discutible. Algunos acentúan la importancia de mantener la independencia de las Cámaras para regular su funcionamiento interno, mientras que otros destacan la anomalía que significa contar con normas de alto rango normativo (apenas inferior a una ley), exentas de todo tipo de control jurídico externo. En todo caso, la postura en Chile ha sido consistentemente contraria a esta forma de control, desde la creación del Tribunal Constitucional en 1970. Las voces que se han levantado para cambiar esta situación no han teni-

¹⁷ Rol N° 91 (18 de enero de 1990).

do acogida, tal y como recientemente lo confirmó la última gran reforma constitucional (Ley N° 20.050)¹⁸, la que curiosamente sí incluyó por primera vez a los Autos Acordados de la Corte Suprema, de las Cortes de Apelaciones y del Tribunal Calificador de Elecciones dentro de las normas controlables por el TC.

A nivel comparado, diversos países han adoptado soluciones opuestas. Así, por ejemplo, España y Francia someten los reglamentos de las Cámaras a control de constitucionalidad. A la inversa, países como Italia han rechazado terminantemente esta posibilidad¹⁹.

En consecuencia, las disposiciones citadas de los reglamentos del Senado y de la Cámara no han sido objeto, ni podrán serlo, de un control de constitucionalidad por parte del TC que nos garantice su conformidad a la Constitución. Afortunadamente, sin embargo, la cuestión pierde parte de su relevancia en el caso en estudio gracias a la conformidad existente entre los reglamentos de las Cámaras y la LOC del Congreso. En efecto, si analizamos en detalle las disposiciones de los reglamentos antes transcritas, ellas no hacen sino repetir y complementar muy prudentemente las disposiciones legales. Consecuentemente, podemos afirmar que la constitucionalidad de la LOC del Congreso sancionada por el TC debiera ser suficiente para garantizarnos la constitucionalidad de las normas de los reglamentos, al menos en la materia en estudio.

Existe, sin embargo, una importante excepción. Como mencionamos previamente, los reglamentos de las Cámaras permiten declarar la inadmisibilidad por inconstitucionalidad de *proyectos de ley* (y por tanto de reforma constitucional) y no solo de indicaciones a los mismos. La LOC del Congreso, sin embargo, no establece esta posibilidad, al menos en forma expresa.

Al margen del argumento analógico, cuya aplicación en derecho público es muy restringida y siempre sujeta a fuertes críticas e incertidumbres, podría alegarse que carecería de lógica establecer un control de constitucionalidad sobre algo accesorio (indicaciones) y no sobre lo principal (mociones y mensajes). Adicionalmente, podría invocarse un criterio de interpretación teleológico, destacando

¹⁸ Esta reforma nació de la fusión de dos mociones parlamentarias, una presentada por senadores de la Alianza por Chile y otra por senadores de la Concertación por la Democracia. La moción de los senadores de la Concertación contemplaba el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional de “reglamentos de los órganos constitucionales autónomos”, entre los cuales podría considerarse a las Cámaras.

¹⁹ ROUSSEAU (2002) p. 65.

la importancia de asegurar un efectivo control que garantice la supremacía constitucional.

No obstante la fuerza de estos argumentos, nos parece que prima en la especie el principio de legalidad y la regla de oro del Derecho Público Chileno (artículos 6º y 7º de la Constitución), los que excluyen la existencia de “poderes implícitos”²⁰ que puedan “suponerse” a los Órganos Parlamentarios. Por el contrario, en nuestro derecho es claro que las potestades públicas deben ser conferidas en forma expresa y solo por normas de rango legal.

Es cierto que los reglamentos de las cámaras son normas muy particulares, distintos a los reglamentos emanados del Ejecutivo y revestidos de una posición normativa especial en razón de circunstancias históricas y funcionales. Sin embargo, ello no obsta a que su jerarquía normativa sea reglamentaria, indubitablemente inferior a las normas legales²¹. Al no ostentar el rango de ley, tampoco pueden ellos atribuir competencias o potestades públicas²², sino solo complementar o desarrollar aquellas configuradas por normas constitucionales o legales, y siempre dentro de la finalidad propia de tales reglamentos, cual es el adecuado funcionamiento interno de las Cámaras.

A mayor abundamiento, es necesario destacar que la facultad de revisión de constitucionalidad de reformas constitucionales es una competencia excepcionalísima, que ni siquiera es común en derecho comparado, que supone un poder enorme dentro de la estructura del Estado, y que por tanto no debe presumirse fácilmente.

Concluimos entonces que la aplicación responsable del principio de legalidad, una de las bases de nuestra institucionalidad, nos conduce a afirmar que ninguno de los Órganos Parlamentarios tiene competencia para declarar inadmisible por constitucional un proyecto de ley o de reforma constitucional. Si bien la situación es un tanto extraña, por cuanto sí puede declararse la inadmisibilidad de indica-

²⁰ Esta es la nomenclatura usada en Estados Unidos para atribuir poderes a los órganos públicos que no les están expresamente conferidos en la Constitución, pero que podrían deducirse de la misma. En Chile tuvo una fugaz acogida en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago (rol N° 4538-99), el cual fuera revocado por la Corte Suprema (rol N° 248-00). Véase FERMANDOIS (2000).

²¹ SILVA BASCUÑÁN (2000) p. 24 y CEA (2002) p. 165.

²² Este es un principio indiscutible en nuestro sistema jurídico, parte esencial del principio de legalidad o juridicidad consagrado en los artículos 6º y 7º de la Constitución. A modo de ejemplo, véase CEA (2002) p. 250.

ciones, consideramos que la forma apropiada para resolver esta incongruencia es la modificación expresa de la LOC del Congreso.

En consecuencia, y sin perjuicio de las limitadas facultades de los Órganos Parlamentarios en la materia, el único órgano llamado en Chile a ejercer el control pleno de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional es el TC.

VI. ¿FONDO O SOLO FORMA? ¿EXISTEN LÍMITES TÁCITOS A LA REFORMA CONSTITUCIONAL?

Otra pregunta fundamental que el TC aún no ha tenido ocasión de definir es si su control de constitucionalidad de las reformas constitucionales comprende aspectos exclusivamente formales (e.g., cumplimiento de quórum), o también de fondo o materiales (e.g., incompatibilidad con aspectos fundamentales del orden constitucional vigente)²³.

El análisis debe hacerse en dos etapas. En primer lugar, debemos abordar la situación en que se encuentra el control de constitucionalidad de la ley, para luego analizar la posición especial de las reformas constitucionales en esta materia.

En relación al primer punto, parece claro que en Chile nadie discute que el Tribunal Constitucional ejerce un control de constitucionalidad formal y material de los proyectos de ley. Cabe destacar que esta no es una regla común en derecho comparado. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional austriaco ejerce un control exclusivamente formal de las leyes federales, pero en cambio sujeta las leyes de los *Landers* (estados de la Federación) a un control de constitucionalidad formal y material²⁴. Italia ejerce un control formal de constitucionalidad de las leyes constitucionales, el que ocasionalmente puede transformarse en un control de fondo²⁵. Estados Unidos impone una suerte de control formal y material, pero limitado por la llamada *Political Question Doctrine*, la que en síntesis señala que existen materias reservadas exclusivamente para la decisión de autoridades políticas, y que no son revisables por los tribunales²⁶.

²³ Si bien existió un requerimiento al TC que planteaba la existencia de límites al poder constituyente, este se declaró inadmisible por falta de legitimación activa (Rol N° 269, 17 de diciembre de 1997).

²⁴ ROUSSEAU (2002) p. 62.

²⁵ ROUSSEAU (2002) p. 62.

²⁶ Un interesante y didáctico estudio acerca de esta doctrina puede encontrarse en MULHERN (1988). Véase también la visión contraria en REDISH (1985).

Si nos enfocamos ahora al segundo punto, el control constitucional de las reformas constitucionales, la situación se complica notablemente. Si bien el control formal es claramente factible (adecuación a las normas de reforma constitucional establecidas en la misma constitución), el control de fondo presenta serias dificultades.

Como punto de partida, debe aclararse que el control de fondo en estos casos es siempre parcial, de lo contrario toda reforma sería imposible. Como ya mencionamos, sería absurdo ejercer un control de constitucionalidad pleno sobre reformas constitucionales, las que por definición serán siempre incompatibles con el texto constitucional vigente. En otras palabras, sería imposible reformar la Constitución. Sin embargo, la pregunta es si todo en una Constitución puede ser reformado, o si existen límites a la reforma constitucional; principios, valores y normas de la Constitución vigente que no podrían ser objeto de modificación.

Se trata este de un tema complejo e insuficientemente abordado por la doctrina nacional. En términos simples, podemos afirmar que la idea de límites a la reforma constitucional se afirma en cuatro argumentos fundamentales. En primer lugar, la Constitución tiene una esencia, un alma, la cual no puede ser alterada sin destruir la Constitución en su conjunto, cuestión que excede al poder de reforma o “poder constituyente derivado”²⁷. En segundo término, la inmutabilidad de ciertos contenidos constitucionales es la última y radical protección de las minorías en contra de las mayorías, capaces de cambiar la Constitución a su antojo. En tercer término, existen ciertos contenidos constitucionales, particularmente los derechos fundamentales, que no son disponibles para el reformador constitucional, por cuanto escapan a la esfera del poder constituyente²⁸ (o del soberano, si utilizamos la nomenclatura del artículo 5º de la Constitución). En cuarto lugar, las Constituciones son un todo armónico y debe existir un control que permita velar por la unidad y coherencia del sistema constitucional. Si bien la interpretación creativa e innovadora de las normas puede ser muy útil a este respecto, aquella no alcanza para salvar contradicciones y conflictos evidentes, los cuales deben ser evitados.

²⁷ Algo de esto se puede apreciar en el desarrollo del “Bloque de Constitucionalidad” francés como límite efectivo a la libertad de los órganos constituidos. Véase DOKHAN (2001) y FAVOREU Y RUBIO LLORENTE (1991).

²⁸ LOEWESTEIN (1976) pp. 192 y ss.

No obstante lo anterior, aceptar la idea de tales límites al poder de reforma constitucional presenta serios inconvenientes. Nuevamente en términos sintéticos, podemos enunciar la dificultad de reconocer tales límites (solo excepcionalmente se establecen en forma expresa)²⁹, su dudosa legitimidad frente a los cambios de la voluntad popular, su efectividad variable, la necesidad de adecuar las normas constitucionales a las circunstancias cambiantes de la sociedad y del poder político, y el incómodo y tensionante rol que impone al órgano defensor de tales límites al enfrentarlo a los demás órganos estatales y, eventualmente, al mismo pueblo.

La situación en Chile a este respecto no está claramente definida. Por una parte, la Constitución no ha establecido límites expresos a las revisiones constitucionales, lo que dificulta notablemente la formulación e identificación de los mismos. Adicionalmente, el origen de la Constitución y el efecto legitimador que en los hechos han tenido las reformas constitucionales (particularmente la de 1989), dificultan la defensa del texto original de la Constitución frente al poder de revisión constitucional.

Por otra parte, existen ciertos antecedentes que podrían utilizarse para sostener la idea de límites al poder de reforma. En primer término, las normas sobre control de constitucionalidad, tanto por parte del TC (artículo 93 N° 3) como de los Órganos Parlamentarios (transcritas previamente), no distinguen entre control de forma y control de fondo, dejando abierta la posibilidad de ejercer este último. Así al menos se ha entendido unánimemente respecto del control de constitucionalidad de leyes por vía de requerimiento, facultad contenida en la misma disposición que el control de las reformas constitucionales (artículo 93 N° 3). Más aún, la finalidad del control de constitucionalidad es de tal entidad –velar por la supremacía constitucional– que no sería correcto interpretar sus disposiciones restrictivamente, deduciendo limitaciones que no están expresas en el texto³⁰. En segundo lugar, si bien este no parece haber sido un tema abordado específicamente en el proceso de génesis de la Constitución, existirían ciertos antecedentes relevantes, tales como la idea de no aceptar reformas constitucionales con-

²⁹ El ejemplo más común es la prohibición de modificar la forma republicana de gobierno, incorporada entre otros por Francia e Italia.

³⁰ Véase el voto disidente de don Eugenio Valenzuela Somarriva en la sentencia del TC Rol N° 288.

trarias a las bases de la institucionalidad³¹, el énfasis en la misión del TC de velar por la supremacía de la Carta y resolver conflictos entre poderes³², y el hecho de que en el caso del recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, no era necesario que el texto dijera expresamente que la incompatibilidad debía ser formal y/o material para que ambas se comprendieran incorporadas³³.

Si el TC decidiera recoger la tesis de los límites tácitos o implícitos a la revisión constitucional, como lo ha hecho al menos parte de la doctrina³⁴, creemos que podría utilizar a este respecto dos fuentes distintas. Por una parte, podría considerarse que al menos algunos de los contenidos del Capítulo I de la Carta, en cuanto “cimiento sobre el cual se levanta todo el sistema institucional”³⁵ y clave interpretativa de todo el texto constitucional³⁶, son elementos esenciales de la Constitución, al punto que un cambio radical de los mismos destruiría el orden constitucional. Así por ejemplo, la negación de los principios de legalidad, supremacía constitucional, separación de funciones, entre otros, significaría el fin del régimen jurídico instaurado por la Constitución de 1980. Adicionalmente, cabe destacar que esta es una idea conocida en el país desde hace años, y que incluso fue formulada durante la génesis de la Constitución de 1980³⁷.

Una segunda fuente de límites tácitos serían los derechos fundamentales³⁸. Tal y como mencionábamos, aquellos se han trasformado en el principio rector del ordenamiento jurídico, al punto que un ataque frontal a los mismos lo destruiría.

³¹ COMISIÓN DE ESTUDIOS DEL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Sesión 409 (10 de agosto de 1978).

³² COMISIÓN DE ESTUDIOS DEL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA (Informe) p. 245.

³³ COMISIÓN DE ESTUDIOS DEL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Sesión 359 (26 de abril de 1978).

³⁴ NOGUEIRA (2005) p. 216, BIDART CAMPOS (1964) pp. 174 y 191, SILVA BASCUÑÁN (1997) pp. 108-109.

³⁵ CEA (2002) p. 173. La posición especial del Capítulo I en nuestro ordenamiento ha sido destacada por diversos fallos del TC, entre ellos los Roles N° 19 (27 de octubre de 1983), 46 (21 de diciembre de 1987) y 53 (5 de abril de 1988).

³⁶ Fallos del TC, Roles Roles N° 19 (27 de octubre de 1983), 46 (21 de diciembre de 1987) y 53 (5 de abril de 1988), entre otros.

³⁷ COMISIÓN DE ESTUDIOS DEL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Sesión 409 (10 de agosto de 1978).

³⁸ Diversos autores han sostenido este punto. Véase, por ejemplo, LOEWENSTEIN (1976) pp. 192 y ss., BACHOF (1985) p. 41 y SILVA BASCUÑÁN (1997) pp. 108-109.

Consideramos que no sería particularmente difícil para el TC invocar el respeto a los derechos fundamentales como límite a la revisión constitucional. En primer término, por el grado de autoridad moral y jurídica, así como de apoyo social y doctrinario, que hoy concita la defensa de derechos fundamentales. En efecto, este fenómeno le otorgaría un importante sustento jurídico-político a la acción “progresista” del TC en estas materias. En segundo lugar, por cuanto existe un texto expreso en el cual podría apoyarse, cual es el artículo 5º de la Constitución³⁹, el cual otorgaría una doble justificación al actuar del TC. Por una parte, le permitiría presentarse como un mero ejecutor –y no como el creador– de un límite a la soberanía impuesto por el mismísimo poder constitucional originario a toda reforma constitucional. Por otra parte, la acción decidida del TC en estas materias constituiría una actualización práctica de las obligaciones de respeto y promoción de los derechos fundamentales impuestas por el artículo 5º a todos los órganos del Estado. Finalmente, esta deseable actitud del TC representaría un paso adicional en la necesaria “iluminación” o “relectura” de los ordenamientos jurídicos (incluyendo las constituciones, y ciertamente sus reformas) a la luz de los derechos fundamentales.

Cabe además considerar que ambas fuentes de limitaciones a la reforma constitucional –bases de la institucionalidad y derechos fundamentales– presentan una naturaleza abierta e interpretable, permitiendo su aplicación flexible y adaptativa por parte del TC⁴⁰.

Nos hemos referido exclusivamente al TC, y no a la posible participación de los Órganos Parlamentarios en el desarrollo de los límites implícitos, por cuanto aquella nos parece poco probable. No solo carecen de la *autoritas* de que en estas materias goza el TC, así como de la facultad de constituir el último árbitro de la interpretación y aplicación constitucional, sino que la práctica de los últimos tiempos ha constatado un fuerte cuestionamiento a la facultad de los Órganos Parlamentarios para ejercer un control de constitucionalidad de fondo sobre proyectos e indicaciones de carácter simplemente legal⁴¹, cuestión que seguramente se incrementaría si quisie-

³⁹ NOGUEIRA (2005) p. 216.

⁴⁰ ROUSSEAU (2002) p. 67.

⁴¹ Recuérdese el caso del proyecto de despenalización del aborto (noviembre 2006), el cual fue rechazado por el Presidente de la Cámara de Diputados por constitucional. Sus facultades a este respecto fueron cuestionadas y finalmente la Sala debió votar la inadmisibilidad del proyecto.

ren ejercer un control de constitucionalidad de fondo de proyectos de reforma constitucional.

La situación del TC, si bien más sólida, no deja de ser compleja. En efecto, el TC vio extraordinariamente reforzadas sus atribuciones después de la última reforma constitucional (Ley N° 20.050). Los resultados han sido inmediatos, y las decisiones del TC han estado permanentemente en la discusión pública, incluso por los medios de comunicación masiva. La acusación de “suprapoder” se ha dirigido reiteradamente contra este tribunal. No ha sido suficiente que el TC haya demostrado repetidamente su adherencia a la doctrina de la “deferencia razonada”⁴², de respeto al equilibrio de poderes e incluso a una suerte de presunción de constitucionalidad de los actos del legislador⁴³.

En este contexto, no sería extraño que el TC se resista a afirmar públicamente una nueva arista de su rol contralor, imponiendo límites implícitos al poder de reforma constitucional.

VII. CONCLUSIONES

Primero. Si bien el Fallo invoca razones atendibles para declarar la incompetencia del TC para pronunciarse acerca del ejercicio de potestades legales y reglamentarias de los Presidentes, aquella decisión impidió que el TC resolviera y aclarara cuestiones fundamentales acerca del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales.

Segundo. La defensa y el desarrollo de una sociedad democrática y libre requieren de un ejercicio equilibrado del control de las reformas constitucionales. Aquel debe ser suficientemente efectivo para salvaguardar los fundamentos constitucionales de esa clase de sociedad, y a la vez claro en su reconocimiento a la legitimidad del poder de revisión constitucional en cuanto elemento esencial de la libertad que permite la democracia.

⁴² Véase a este respecto ZAPATA (1994).

⁴³ Elocuentes son las palabras pronunciadas por el entonces Ministro del TC, don Eugenio Valenzuela Somarriva, ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado durante la tramitación de la Ley N° 20.050 de Reforma Constitucional: “el Tribunal [Constitucional] siempre ha partido de la base de que los órganos colegisladores son los que dictan las leyes y las dictan bien. O sea, indicó, existe una presunción de validez y el Tribunal ha sido muy respetuoso de los órganos colegisladores, Presidente de la República y Parlamento, y no se ha convertido en un suprapoder legal”. Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.050, fojas 442.

Tercero. El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales no puede basar su legitimidad en las defensas tradicionales del control de constitucionalidad de la ley. Si bien algunas de ellas le son aplicables (e.g., la concepción de la Constitución como instrumento de protección de los derechos fundamentales y la relación del control de constitucionalidad con la efectividad de la democracia representativa), otras no lo son (e.g., nociones de la Constitución como pacto político fundamental y como límite efectivo al poder), o al menos requieren adaptaciones y calificaciones relevantes (e.g., concepción de la Constitución como norma jurídica superior).

Cuarto. La defensa y el desarrollo de una sociedad democrática y libre requieren de un ejercicio equilibrado del control de las reformas constitucionales. Aquel debe ser suficientemente efectivo para salvaguardar los fundamentos constitucionales de esa clase de sociedad, y a la vez claro en el reconocimiento del poder de revisión constitucional como un elemento esencial de la libertad que permite la democracia.

Quinto. Si bien existen disposiciones normativas que otorgan cierto rol a los Órganos Parlamentarios en el control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional, aquel es esencialmente limitado por diversas razones: a) solo poseen habilitación legal expresa para conocer de la inconstitucionalidad de indicaciones (no de proyectos de ley o de reforma constitucional); b) es altamente dudoso que ese control pueda ser material y no solo formal, y c) su efectividad es muy discutible toda vez que quien tiene la última palabra es siempre la mayoría política de cada Cámara.

Sexto. Por el contrario, la competencia del TC para ejercer este control es amplia, y se extiende tanto a aspectos formales como materiales. El ejercicio de un control material, sin embargo, requiere de la identificación de límites implícitos al poder de reforma constitucional, cuestión que el TC puede ser reacio a abordar.

Séptimo. Las dos fuentes de límites materiales y tácitos a la reforma constitucional que podrían ser desarrollados por el TC son: a) algunas de las bases de la institucionalidad, y b) los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- BACHOF, Otto (1985): *Jueces y Constitución* (Civitas).
- BERTELSEN, Raúl (1969): *Control de Constitucionalidad de la Ley* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BICKEL, Alexander (1986, 2^a ed.): *The Least Dangerous Branch* (New Haven, Yale University Press).
- BIDART CAMPOS, Germán (1987): *La Interpretación y el Control Constitucional de la Jurisdicción Constitucional* (Madrid, Ediar).
- (1964): *Derecho Constitucional Tomo I* (Madrid, Ediar).
- CAPPELLETTI, Mauro (1984): "Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional", en FAVOREU, Louis Y OTROS: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- CEA, José Luis (2001): "La Justicia Constitucional y el Tribunal de la Constitución en Chile" 12 *Revista de Derecho UACH* 1 (Valdivia).
- (2002): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo I (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- COMISIÓN DE ESTUDIOS DEL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA (Actas Oficiales).
- DOKHAN, David (2001): *Les Limites du Contrôle de la Constitutionnalité des Actes Législatives* (Paris, L.G.D.J.).
- FAVOREU, Louis (1994): *Los Tribunales Constitucionales* (Madrid, Ariel).
- FAVOREU, Louis y RUBIO LLORENTE, Francisco (1991): *El Bloque de Constitucionalidad* (Madrid, Civitas).
- FERMANDOIS, ARTURO (2000): "Asociación Empresarial entre Estado y Particulares: el Caso Metro S.A.", 12 *Revista Chilena de Derecho* 1 pp. 189-194.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1985): *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, Civitas).
- KELSEN, Hans (2002, 2^a ed.): *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Madrid, Tecnos).
- LOEWESEN, Karl (1976, 2^a ed.) *Teoría de la Constitución* (Barcelona, Ariel).
- MULHERN, J. Peter (1988): "In Defense of the Political Question Doctrine" 137 *University of Pennsylvania Law Review* 1 pp. 97-176.
- NOGUEIRA, Humberto (2005): *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoíberoamérica del Sur* (Santiago, LexisNexis).
- (2006): "El aparente conflicto de los artículos 68 y 127 de la Carta Fundamental respecto de la tramitación legislativa de los proyectos de reforma constitucional y la interpretación constitucional", 12 *Revista Ius et Praxis* 1 pp. 95-115.
- REDISH, Martin H (1985): "Judicial Review and the "Political Question", 79 *Northwestern University Law Review* 1031.
- ROUSSEAU, Dominique (2002): *La Justicia Constitucional en Europa* (Madrid, Centro de Estudios Públicos y Constitucionales).
- SCHMITT, Carl (1971): *Legalidad y Legitimidad* (Méjico D.F., Aguilar).

- (1983): *La Defensa de la Constitución* (Madrid, Tecnos).
- (1985): *Teología Política* (Buenos Aires, Struhart y Cía.).
- (1986, 3^a ed.): *La Dictadura* (Madrid, Revista de Occidente).
- (1990) *Sobre el Parlamentarismo* (Madrid, Tecnos).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997, 2^a ed.): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- (1997, 2^a ed.) *Tratado de Derecho Constitucional Chileno*, Tomo III (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)
- (2000, 2^a ed.): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VI (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)
- ZAPATA, Patricio (1994): *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Corporación Tiempo 2000)

Potestad sancionadora de la Administración y ley penal en blanco: Caso de las eléctricas ante el Tribunal Constitucional

■ ■ ■

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

Profesor Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile,
U. de Chile y U. de los Andes

RESUMEN

El autor, sobre la base de analizar la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 27 de julio de 2006, Rol N° 480, revisa la relación ley-reglamento en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración. Si bien coincide con la sentencia en cuanto a que aquella potestad se encuentra sujeta al principio de legalidad y que a ella se aplican los principios y reglas que la Constitución ha contemplado en materia penal, estima que debe distinguirse el referido principio de legalidad del de tipicidad. Plantea que cabe revisar, respecto del primero, la interpretación que admite entenderlo con mayor flexibilidad, sobre la base de la historia fidedigna de la norma constitucional, y que, en todo caso, el de tipicidad no permite el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, por lo cual concluye que tanto las leyes penales en blanco propias como de las impropias son inconstitucionales. No obstante y en todo caso, expone que de aceptarse las leyes penales en blanco impropias, la revisión de constitucionalidad debe alcanzar tanto a la ley como al reglamento que la complementa.

SUMARIO

I. Introducción. II. Bases sobre las cuales decide el tribunal. 2.1 Sujeción del derecho administrativo sancionador al principio de legalidad. 2.2 En la especie, el estatuto jurídico de la actividad sancionadora de la administración admite colaboración de la potestad reglamentaria. III. Estatuto constitucional. 3.1 Ley y potestad reglamentaria de ejecución. 3.2 Ubicación de la potestad reglamentaria de ejecución. 3.3 Contenido de la potestad reglamentaria de ejecución. 3.4 Niveles aplicables a la reserva de ley. 3.5 Primer y segundo nivel de regulación al legislador y a su ejecutor en la sentencia rol N° 480 y la cuestión de la ley penal (infraccional) en blanco. IV. Examen específico de las inconstitucionalidades alegadas. 4.1 Artículo 81 del DFL N° 1. 4.2 Fundamento de la decisión. 4.3 Crítica. 4.4 Examen de preceptos que establecen la legitimidad de la actividad (en realidad, potestad) sancionadora. 4.5 Confusión de los principios de legalidad y tipicidad. 4.6 Aplicación de la Teoría de la Ley Pantalla, pero al revés. 4.7 Examen de los preceptos que establecen las sanciones. 4.8 La Constitución no exige que los preceptos que establecen deberes, que facultan sancionar y que prescriben sanciones, estén todos en una misma norma. V. Evaluación. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Agradeciendo, desde luego, la oportunidad que me brinda el Anuario de Jurisprudencia *Sentencias destacadas*, a través del editor de esta obra, profesor Arturo Fernando Vöhringer, resulta interesante comentar la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional (*el Tribunal*), el 27 de julio de 2006, bajo el *Rol N° 480*¹, que incide en el siempre complejo asunto de la potestad sancionadora de la Administración, especialmente, en relación con el tema de la ley penal o mejor dicho en este caso, infraccional en blanco.

Dicha sentencia resolvió un recurso de inaplicabilidad deducido porque a juicio del recurrente:

- a) El artículo 3º N° 17 inciso cuarto y N° 23 inciso primero y el artículo 15 inciso primero de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles², “no satisfacen el principio de la tipicidad de la falta y de la pena, y también de normas reglamentarias, lo que atenta contra el principio de reserva legal en materia de derecho administrativo sancionatorio”;
- a) Los artículos 16 N° 2 y 16 A de la misma ley orgánica son “atentatorios contra el principio de reserva legal de la pena que exige una razonable especificidad de la misma en el contexto de una conducta y una pena contenida en una norma única o fácilmente asociable”; y
- b) El artículo 81 N° 1, de la Ley General de Servicios Eléctricos³, contiene una “descripción de la conducta (que) no satisface el principio de tipicidad, sino que enuncia un deber genérico –coordinarse con el fin de (...)–, y establece un bien jurídico como es la ‘seguridad del servicio en el sistema eléctrico’”.

Por ello, se concluye en el recurso, “las normas impugnadas atentan directamente contra los derechos constitucionales contemplados en el artículo 19 N° 3 y lo dispuesto en los artículos 5º a 7º de la Constitución, ya que crean las bases de un derecho sancionatorio en materia eléctrica inconstitucional, con amplio margen de discrecionalidad a favor de la autoridad fiscalizadora”.

¹ Sin mayores diferencias, puede verse también la sentencia pronunciada el 8 de agosto de 2006, *Rol N° 479* que se refiere al mismo asunto.

² Ley N° 18.410, publicada en el Diario Oficial el 22 de mayo de 1985 y sus reformas.

³ Contenida en el del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Minería de 1982, publicado en el Diario Oficial el 13 de septiembre de 1982 y sus reformas.

Se plantea, en consecuencia, el ya clásico tema de la reserva legal y su extensión, frente a su potestad reglamentaria de ejecución, esta vez en el ámbito de normas sancionadoras, en sede administrativa, tanto en la descripción de la infracción como en la determinación de la pena, por lo que junto con resumir lo decidido por el Tribunal, expondré los principios y normas del estatuto constitucional en la materia, evaluando aquella decisión.

II. BASES SOBRE LAS CUALES DECIDE EL TRIBUNAL

El Tribunal comienza determinando, en el considerando 2º de la sentencia, el objeto de la controversia que debe resolver, al señalar que tiene que ocuparse de *los límites constitucionales del llamado derecho administrativo sancionador* y establecer si, en la especie, las reglas que contemplan las infracciones y sanciones están constitucionalmente reservadas al ámbito legal y, de ser así, cuáles son las exigencias que la ley ha de cumplir para ser considerada acorde a la Carta Fundamental.

No se planteó al Tribunal, como puede advertirse, una cuestión todavía anterior y de más radical pronunciamiento, consistente en la clara inconstitucionalidad de que adolece que el legislador atribuya potestades sancionadoras a la Administración⁴.

2.1 Sujeción del Derecho Administrativo Sancionador al principio de legalidad

Bajo este título, en los considerandos 4º a 12º la sentencia elabora los principios y reglas que servirán de base para resolver las objeciones de constitucionalidad formuladas por el recurrente, los cuales pueden resumirse en las siguientes ideas fundamentales⁵:

⁴ Sobre el razonamiento para llegar a esta conclusión, léase SOTO KLOSS (2005) especialmente pp. 43-49. En el mismo sentido, LIZAMA (2001), CELAYA (2005) y FERNÁNDEZ (2005b) pp. 73-79.

⁵ Hay que advertir que los Ministros Juan Colombo Campbell y Jorge Correa Sutil no concuerdan con los considerandos 5º a 7º. Asimismo, el Ministro Correa Sutil, si bien está de acuerdo con que el principio de legalidad es aplicable a la actividad sancionadora de la Administración, no resulta, a su juicio, ni pertinente ni necesario fundarlo en el artículo 19 Nº 3 de la Constitución, ya que “no es lo mismo pretender derechos como actor en una causa civil que hacerlo como infractor en una gestión administrativa o como imputado en una penal”. Por ello, “ni en el lenguaje, ni en el espíritu del inciso final del artículo 19 Nº 3 de la Carta Fundamental, interpretado a la luz de los elementos gramatical, lógico, sistemático e histórico es posible encon-

- a) Los artículos impugnados, como todos los que regulan la actividad sancionadora de la Administración, están sujetos al principio de legalidad, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 6°, 7°, 19 N° 3 incisos séptimo y octavo y 60 N° 18 de la Constitución;
- b) En la especie, a mayor abundamiento, la aplicación del principio de legalidad a la actividad sancionadora del Estado, viene también exigida por lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 en relación al 19 N° 26 y al 63 N° 2 de la Carta Fundamental, como ya lo había expuesto el Rol N° 146, dado que se trata de normas que limitan el ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica lícita, ya que su titular solo podrá llevarla a cabo del modo en que ella ha quedado regulada;
- c) Si bien las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado –el llamado *ius puniendi*– y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el artículo 19 N° 3⁶, aun cuando el lenguaje allí empleado sea propiamente penal, tal y como ya lo había declarado el Tribunal en el considerando 18 del Rol N° 46, en los considerandos 9º y 10º del Rol N° 244 y, más recientemente, en el considerando 16º del Rol N° 437;
- d) La tesis expuesta, añade el Tribunal, ya había sido recogida por la Corte Suprema hace más de cuarenta años, al interpretar que la voz *condenados* del artículo 11 de la Constitución de 1925 era aplicable a quienes sufrían sanciones administrativas;
- d) En consecuencia, “las normas que establecen deberes a las empresas de generación o distribución eléctrica, deben estar contenidas en preceptos legales. Igual estatuto ha de aplicarse al resto de las normas que, inseparablemente vinculadas con ellas, establecen que el incumplimiento de tales deberes deben ser sancionados y las que establecen las sanciones”.

Solo cabe agregar, coincidiendo con lo señalado por el Tribunal Constitucional, sin perjuicio que no queda claro si la potestad sancionadora de la Administración constituye una limitación o una

trar base de sustentación a la tesis de que las garantías del derecho penal deben aplicarse al derecho administrativo sancionador”.

⁶ AGUERREA (2006).

regulación al ejercicio de las actividades económicas y tampoco cuáles serían los matices que la distinguirían de su homónima en sede penal, que la expuesta ha sido también la jurisprudencia sostenida por la Corte Interamericana en el rubro:

“En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9º de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.

En suma, en un Estado de Derecho los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión”⁷.

2.2 En la especie, el estatuto jurídico de la actividad sancionadora de la Administración admite la colaboración de la potestad reglamentaria

Bajo este epígrafe, en los considerandos 13 a 21, el Tribunal argumenta para demostrar que, no obstante la sujeción del Derecho

⁷ Considerandos 106 y 107 de la sentencia pronunciada, en el caso *Baena Ricardo y Otros con Panamá*, el 2 de febrero de 2001.

Administrativo Sancionador al principio de legalidad, resulta igualmente admisible la potestad reglamentaria de ejecución en la materia, aunque, obviamente, descartando la de carácter autónomo. Lo hace a partir de la idea –que es correcta– en cuanto a que “afirmar que una determinada materia está regida por el principio de legalidad, no equivale necesariamente a excluir que la potestad reglamentaria de ejecución pueda, dentro de los márgenes constitucionales, normar esa misma materia”.

Llevada la idea recién expuesta a lo asegurado en el inciso final del artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, el Tribunal recuerda su sentencia de 4 diciembre de 1984, Rol N° 24, para aclarar que ese precepto constitucional exige que la conducta se encuentre expresamente descrita en la ley, pero no que lo esté completamente, como lo exigía la Comisión de Estudio, lo cual fue deliberadamente eliminado por la Junta de Gobierno, “lo que debe necesariamente interpretarse como una aceptación, en esta materia, de la colaboración de la potestad reglamentaria en la descripción de la conducta sancionable”.

Anticipo, desde luego, que esta consecuencia extraída por el Tribunal del proceso de creación de la norma constitucional referida, no es, a mi juicio, totalmente acertada, como expondré más adelante, pues resulta inconsistente con el conjunto de principios y normas que regulan el asunto en la Carta Fundamental. Esto hace necesario, en consecuencia, examinar aquellos principios y normas.

III. ESTATUTO CONSTITUCIONAL

La Constitución, modificando sustancialmente la distribución de competencias normativas que impuso su predecesora de 1925, consagró, en su artículo 63, el *Principio de Dominio Máximo Legal*, en virtud del cual se limita la potestad normativa del legislador a los asuntos, si bien amplios, taxativamente señalados en esa disposición⁸.

Asimismo, autorizó al Presidente de la República, en su artículo 32 N° 6, para dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de la ley. Paralelamente, en este mismo precepto y para cubrir los demás asuntos susceptibles de ser regulados por normas inferiores a la Constitución, se confirió al Jefe

⁸ Ver RIBERA (2001).

del Estado la competencia para ejercer la potestad reglamentaria –denominada *autónoma*– en todas las materias que no fueren propias del dominio legal.

No puede dejar de mencionarse que, del sistema referido, es menester desprender también un *principio de reserva constitucional*, de manera que resulta improcedente normar en torno de ciertos asuntos agotados en la Carta Fundamental, incluso para el legislador⁹, v. gr., cuando establece que solo es admisible la privación del dominio a través de requisiciones o expropiaciones, sin que ninguna otra especie de norma jurídica pueda añadir nuevas formas de privación; o que el ejercicio de los derechos fundamentales solo puede ser suspendido en los casos de estados de excepción contemplados en los artículos 39 y siguientes de la Constitución.

En consecuencia, el sistema diseñado por el Poder Constituyente lleva a sostener que, así como existen materias propias de reserva de ley, contenidas en el artículo 63 de la Carta Fundamental, respecto de las cuales es admisible la potestad reglamentaria de ejecución; otras resultan inherentes al dominio exclusivo de la potestad reglamentaria autónoma, siempre que se trate de asuntos que no se encuentren previstos en aquella disposición, aunque la experiencia demuestre que esta última es más bien teórica; en fin, hay también materias cuya regulación queda agotada por lo dispuesto en la Constitución, sin que normas jurídicas inferiores, incluyendo la ley, puedan entrar en ese campo normativo, exclusivamente reservado a la Carta Fundamental.

3.1 Ley y potestad reglamentaria de ejecución

Circunscribiendo las bases explicadas a las cuestiones planteadas en el Rol N° 480, se aprecia que este incide en la relación ley-reglamento de ejecución, siendo este último el que persigue, al decir del profesor BERTELSEN en la Comisión de Estudio, “desarrollar, detallar y llevar adelante las disposiciones legislativas”¹⁰, con lo cual le corresponde obrar dentro del ámbito que esas disposiciones le han fijado, sin añadir lo no previsto en ellas ni contemplar más de lo que la ley ha requerido; y sin que tampoco pueda, obviamente, aunque se ciña al mandato legislativo, quebrantar, formal o ma-

⁹ Sobre el particular y más detalladamente, léase FERNÁNDEZ (2005a).

¹⁰ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN, sesión 355a, p. 2279.

terialmente, la Constitución. Aquí está la doble exigencia a la potestad reglamentaria de ejecución: respetar la Carta Fundamental y también la ley que aplica, surgiendo un deber de sujeción a la constitucionalidad y otra, al mismo tiempo, a la legalidad.

Precisamente, el asunto planteado en el Rol N° 480 incide de lleno en la potestad reglamentaria de ejecución, a propósito de la cual se ha sostenido que:

“Con sujeción a los dos principios de reserva en estudio, queda vedado a todo órgano con potestad normativa accesoria, subordinada o secundaria la regulación de las materias situadas en el dominio máximo del legislador, sea para evitar la dictación de preceptos legales cuando la Constitución exige que sean dictados; o para inmiscuirse en ese ámbito exclusivo del legislador, desplazándolo por la potestad reglamentaria.

Empero, esas normas dependientes o secundarias deben complementar la regulación efectuada por la ley con la finalidad de lograr la cabal aplicación de lo dispuesto en ella (...)”¹¹.

Surge con claridad, en consecuencia, la función “dependiente de” o “subordinada a” con que se concibe la potestad de ejecución, sin que pueda atribuirsele vida propia ni autonomía o capacidad para exceder el marco dispuesto en la Constitución y en la ley que está convocada, por la Carta Fundamental, a aplicar.

3.2 Ubicación de la potestad reglamentaria de ejecución

Avanzo más en lo que viene señalándose, exponiendo que debe precisarse que la relación entre la ley y el reglamento que la concreta no es una vinculación de ámbitos o espacios normativos diversos, como si a la primera de aquellas disposiciones correspondiera una determinada materia –las referidas en el artículo 63– y a la segunda de ellas otra especie de asuntos, ya que, de ser así, se trataría de la potestad reglamentaria autónoma. La facultad ejecutiva del Presidente de la República, antes y al contrario, se inserta, precisamente, en el mismo ámbito que la ley, sin que posea independencia normativa o un ámbito jurídico propio.

Desde esta perspectiva, entonces, no corresponde formular los conflictos o dudas entre la ley y la potestad que la ejecuta en los siguientes términos: ¿Qué corresponde regular a la ley y qué a la

¹¹ CEA (1998) p. 69.

potestad reglamentaria encargada de ejecutarla?, si es que de esa forma se induce a creer que esta última especie de norma jurídica, como se ha dicho, poseería un *ámbito normativo propio*, de modo tal que *allí donde la ley termina su regulación comenzaría la de la potestad ejecutiva*, en circunstancias que esta última solo resulta concebible *dentro del marco dispuesto por aquella* y, como se verá en seguida, aún más, dentro de la esfera que antes de la ley, le ha fijado, directa o indirectamente, explícita o implícitamente, la Constitución.

Al contrario, la imagen que realmente representa la relación entre las distintas fuentes normativas en nuestro Derecho podría graficarse como verdaderos círculos que se insertan unos dentro de otros, sin jamás desbordarse los interiores fuera de aquellos que los contienen: uno mayor y que abarca toda la normatividad –matizando y entendiendo pedagógicamente el empleo de la expresión *toda*, por cierto, en una concepción que no es ni puede ser puramente positivista– compuesto por la Carta Fundamental y las demás normas que integran el bloque de constitucionalidad, particularmente, los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Otro círculo, ubicado dentro del primero, incluye las materias de ley, quedando fuera –pero siempre dentro del círculo mayor constitucional– el espacio entregado a la potestad reglamentaria autónoma; un tercer círculo, dentro del segundo, incluye el ámbito de la potestad de ejecución, sea la que emana del Presidente de la República o de los órganos constitucionalmente autónomos como el Banco Central o el Ministerio Público; y aun otros, dentro de este último, para las normas infrareglamentarias que surgen de los órganos estatales subordinados al Jefe del Estado, como los servicios públicos o las superintendencias.

3.3 Contenido de la potestad reglamentaria de ejecución

Caracterizada y situada dicha potestad en los términos descritos, queda claro que ella solo puede actuar en aquel ámbito normativo previamente dispuesto por el legislador, sin que le corresponda innovar ni gozar de la virtualidad creadora que poseen la Constitución y, en menor medida, la ley. En este sentido, el reglamento no solo debe actuar *dentro de aquellas dos normas superiores*, sino que está convocado, por el artículo 32 N° 6 de la Carta Fundamental, a especificar y concretar el mandato que el legislador ha contemplado.

Por ello, resulta consistente con la Carta Fundamental la segunda de las dos explicaciones que transcribo enseguida:

“Para unos, *el rol central de reglamento es la ejecución de la ley*. Ello implica no solo desarrollar y detallar los aspectos de la ley, sino hacer todos los esfuerzos necesarios por llevar adelante la aplicación de la ley. El rol del reglamento es cumplir o aplicar la ley; su propósito es facilitar la implementación de la norma legal. *El reglamento complementa la ley* para su mejor ejecución; concretiza y facilita el modo de hacer efectiva la regulación legal. La norma administrativa ayuda con su especificidad a la norma general para ejecutarla en situaciones concretas. En este sentido, *puede desarrollar o complementar la ley*. Esta posición es la que podríamos denominar ‘finalista’, pues define el rol del reglamento por su propósito último.

Para otros, en cambio, *el reglamento solo puede desarrollar lo ya legislado; no puede complementar o desarrollar ni innovar en lo ya regulado*. La potestad reglamentaria es una atribución de aplicación, no de complementación. Por lo mismo, solo puede regular *aspectos de detalle no abordados por la ley*. Su función es pormenorizar, sin alterar, completar o complementar la ley, aunque sea para facilitar su cumplimiento. El reglamento no puede alterar los derechos ni obligaciones ni aun a pretexto de ejecutar la ley. Esta posición es la que podríamos denominar ‘del parámetro estricto’, pues el reglamento se define no por su propósito sino por su origen. El reglamento ejecuta la ley; pero no es ley; es esta la que establece su grado de intervención. Más que su finalidad, vale su referencia al marco de remisión”¹².

La segunda tesis expuesta, a mayor abundamiento, es singularmente respetuosa del régimen democrático que contempla el artículo 4º de la Constitución, en las Bases de la Institucionalidad:

“Así, el poder normativo reglamentario es un residuo del principio monárquico, mientras el Poder Legislativo, del principio democrático. ¿Debemos entender entonces a la Potestad Reglamentaria como contraria al constitucionalismo moderno? Evidentemente no, pero enmarcada, circunscrita rigurosamente a los parámetros que le confiere la Carta Fundamental”¹³.

3.4 Niveles aplicables a la reserva de ley

Resulta menester recordar, en todo caso, que la intensidad de la regulación encargada por la Constitución a la ley, puede ser, al menos, de dos especies y, por ende, así también variará el ámbito de

¹² CARMONA (2002) p. 183. Puede hallarse, en este artículo, una revisión de la evolución jurisprudencial. En el mismo sentido, GARAY (2006).

¹³ FERMANDOIS (2001) p. 289.

extensión de la potestad reglamentaria para su ejecución. En efecto el Tribunal ha sostenido que la definición de lo que corresponde regular a la ley está contenida en la Carta Fundamental en *dos niveles*.

Por una parte y con cualidad general, o sea, aplicable a todos los asuntos que son materia de ley y, por ello, potencialmente de potestad para su ejecución, rige lo dispuesto en el artículo 63 de la Carta Fundamental en relación con lo señalado en su artículo 32 N° 6; y, de otra, en el segundo nivel, pueden existir casos específicos, siempre previstos por la Constitución, en que aquella regla general sea precisada a través de disposiciones específicas, las cuales pueden establecer matices, excepciones, reglas que contemplen mayor o menor rigidez que la contenida en general o cualesquiera otras fórmulas que deberá considerar el legislador y su ejecutor al normar:

“Que se desprende del considerando anterior que, cuando la Carta Fundamental ha previsto la reserva legal con carácter más absoluto, la regulación del asunto respectivo por el legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión que resulte compatible con las características de la ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de norma jurídica;

Que en la situación recién explicada el Poder Constituyente exige el desempeño de la función legislativa con un grado mayor de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada, minuciosidad de la normativa que dicta, profundidad o grado de elaboración en los textos preceptivos que aprueba, pronunciamientos sobre conceptos, requisitos, procedimientos y control de las regulaciones acordadas y otras cualidades que obligan a reconocer que, el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución, se halla más restringido o subordinado;

Que abocado al cumplimiento cabal de la exigencia constitucional explicada, el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente, por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no solo parcialmente cumplido. No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica”¹⁴.

¹⁴ Considerandos 17 a 19 de la sentencia pronunciada el 9 de abril de 2003, Rol N° 370.

De cuanto viene siendo expuesto, entonces, tiene que colegirse la secuencia de reglas siguiente:

Primero, la Constitución define, sea solo en el primer nivel descrito o también, y adicionalmente, en el segundo, la competencia de la ley y, con ello, como consecuencia inexorable, queda precisada la que corresponde a la potestad reglamentaria de ejecución. Ciertamente que la determinación efectuada por la Carta Fundamental puede ser precisa y clara o bien requerir auxilio del intérprete constitucional;

Segundo, si la ley no cumple a cabalidad el mandato constitucional, o sea, y en palabras del Tribunal, con la profundidad y densidad que le han sido constitucionalmente requeridas, incurre en infracción de la Carta Fundamental, sin que su omisión pueda ser salvada ni aunque así lo contemple expresamente el legislador –pues estaría enmendando por esa vía inferior la Constitución– convocando a la potestad reglamentaria o, peor aún, a disposiciones inferiores a esta para que llenen su vacío.

Desde este ángulo, tiene que decirse con claridad que la norma infralegalitativa que norme en este caso, debe ser declarada inconstitucional, pues invade la reserva de ley, con independencia de lo dispuesto por el cuerpo legal que la ha autorizado, ya que la Carta Fundamental, aun antes que aquel, la desautoriza en plenitud, de acuerdo a la fuerza normativa de que goza la máxima norma de nuestro ordenamiento jurídico, en coherencia con el principio de supremacía constitucional. Sobre este punto volveré, pues el Tribunal formula, en el Rol N° 480, una resolución en sentido distinto;

Tercero, si, en cambio, el reglamento se encuentra *dentro de los ámbitos definidos por la Constitución y la ley*, tendrá que contener disposiciones tendientes a su ejecución, respetando, al menos, las directrices siguientes:

- No puede *innovar*, es decir, contemplar cuestiones no previstas por la ley;
- Tampoco le cabe modificar la ley, vale decir, introducir cambios a lo dispuesto por el legislador, cualquiera que sea su sentido, aumentando lo requerido por este, disminuyendo lo exigido por él o, sencillamente, alterándolo, en la forma o en el fondo;
- En fin, el reglamento de ejecución puede ser improcedente o no resultar necesario, ya sea porque aquella ejecución resulta inadmisible o bien porque la ley contiene –dado que así lo ha reque-

rido la Constitución– un nivel suficientemente profundo de densidad que evita la necesidad de que sea ejecutado.

En este último caso, no se trata que el legislador haya invadido el campo normativo propio de la potestad reglamentaria de ejecución, excediendo su competencia, sino que son asuntos que, en caso alguno, pueden ser objeto de aquella especie de reglamentos, por cuanto la ley debe regularlos íntegramente, no dejando espacio alguno a la potestad ejecutiva, v. gr., según ha resuelto el Tribunal en materia de sistema electoral; o, agrego, en el caso de normas que contemplan infracciones o delitos, procedimientos, tributos o cualquier disposición que imponga limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, de acuerdo con el artículo 19 N° 26 de la Constitución.

3.5 Primer y segundo niveles de regulación al legislador y a su ejecutor en el Rol N° 480 y la cuestión de la ley penal (infraccional) en blanco

Del texto, contexto y espíritu de las disposiciones constitucionales en juego, especialmente, lo preceptuado en los artículos 5° inciso segundo y 19 N° 3, incisos séptimo y octavo, y N° 26, surge, indudablemente, que, en la materia analizada en el Rol N° 480, impera también el segundo nivel de exigencia al legislador, en virtud del cual se requiere de él una mayor profundidad, reduciendo, y hasta, tal vez excluyendo, el espacio destinado a la potestad reglamentaria para su ejecución.

Esto es decisivo, porque, como señala el Tribunal en el considerando 18, admitir que el principio de legalidad no excluye, en principio agregaría yo, la colaboración de la potestad reglamentaria de ejecución,

“no dilucida la extensión de la reserva legal; esto es, no determina cuánto de la regulación puede entregar la ley a la potestad reglamentaria, lo que exige, en cada caso, revisar el sentido y alcance con que el constituyente ha establecido la reserva legal en la determinada materia”, puesto que, si bien “no resulta constitucionalmente obligatorio que la ley regule en todos sus detalles esos mismos deberes. En el otro extremo, tampoco resulta constitucionalmente tolerable que la ley, eluda la reserva legal y, carente de contenido, delegue en el administrador lo que la Constitución ha reservado a ella”.

Cuanto se ha explicado conduce, necesariamente, a examinar el principio de reserva de ley en materia sancionadora, incluyendo en

esta tanto lo penal como lo administrativo, especialmente, en nexo con lo preceptuado en el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución.

3.5.1 Interpretación literal solo sobre la base de la historia fidedigna

Tanto los autores como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han concordado en interpretar en un solo sentido la secuencia seguida por el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución en su proceso de formación, desde la proposición contenida en el Anteproyecto de Nueva Constitución, elaborado por la Comisión de Estudio, pasando por el Consejo de Estado, y hasta la decisión del poder constituyente radicado, a la sazón, en la Junta de Gobierno:

“Cabe ahora preguntarse dónde está el principio de tipicidad, legalidad o reserva en la Constitución. En el Informe de la Comisión de Estudio se dijo que ninguna ley podría establecer penas sin que la conducta estuviera completa y expresamente descrita en ella. Es decir, se establecieron dos requisitos copulativos para la configuración legislativa del tipo penal: que la conducta esté completa o detalladamente descrita por la ley; y que esta satisfaga tal exigencia en un texto expreso.

La intención de ese germen de disposición era prohibir, por razones de certeza jurídica, las leyes penales en blanco o que se limitan a enunciar la conducta punible y a señalar con precisión, únicamente, las penas respectivas. Lo mismo dijo en su Informe el Consejo de Estado. Pero la Junta de Gobierno suprimió la conjunción copulativa y la palabra ‘completa’ dejando el texto tal cual está hoy escrito en el inciso octavo. Esta supresión carece de historia fidedigna, pero puede ser explicada manifestando que se hizo por la Junta de Gobierno para permitir, aunque sea excepcionalmente, la dictación de las leyes penales en blanco (...)”¹⁵.

Bajo esta misma perspectiva, se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional para admitir que las denominadas *leyes penales en blanco*, sea que su complemento se encuentre en otra ley o en una norma inferior, es decir, se trate de leyes penales en blanco propias o impropias, se ajustan a la Carta Fundamental¹⁶. Así acaba de hacerlo en el más reciente de esos pronunciamientos, decidiendo que:

¹⁵ CEA (2004) pp. 168-169.

¹⁶ En resumen de aquella jurisprudencia léase FERNÁNDEZ (2006) pp. 57-60.

"(...) Según una de sus numerosas definiciones, las leyes penales en blanco 'son aquellas leyes que solamente contienen una conminación penal y que respecto del contenido prohibitivo remiten a leyes, reglamentos e incluso actos administrativos, que se han promulgado autónomamente en otro tiempo o lugar. De acuerdo con ello hay que distinguir entre norma sancionatoria y norma complementaria (...).

Que en la línea doctrinal expuesta, esto es, que tanto las leyes penales en blanco propias como abiertas vulneran el principio de la legalidad de la ley penal, se ubica la proposición que la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política aprobó como artículo 19 Nº 3, inciso final, en el anteproyecto entregado a la Junta de Gobierno el 18 de octubre de 1978: 'Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se pretende sancionar está expresa y completamente descrita en ella'. Esta formulación la propuso el profesor Raúl Bertelsen, argumentando que con ella 'no quedan reglamentos ni disposiciones emanadas del Gobierno para desarrollar la ley penal, ya que ella debe bastarse a sí misma y si no se basta a sí misma, no hay delito ni pena'. (Opinión que consta en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 399 del 12 de julio de 1978). Después de la opinión coincidente del Consejo de Estado, en cuyas actas quedó constancia del sentido prohibitivo que el precepto así redactado tenía para la existencia de las leyes penales en blanco, la Junta de Gobierno eliminó la palabra 'completamente', dejando solo la expresión 'expresamente'. No existen evidencias de historia fidedigna de esta modificación, que permitan aclarar su significado.

Que el texto definitivo del artículo 19 Nº 3, inciso final, de la Constitución Política, subsistente hasta la actualidad, ha producido variadas interpretaciones sobre su alcance, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, *prevaleciendo aquella que sostiene la permisividad de las leyes penales en blanco en nuestro orden jurídico*. Este criterio está basado en el sentido que se atribuye a la supresión de la expresión 'completamente', ya mencionada en el acápite anterior, y en el carácter atenuador asignado a la solitaria subsistencia de la expresión 'expresamente' frente a los requisitos que predominantemente la doctrina atribuye a la legalidad de la ley penal (...).

Que, según lo expuesto, la confrontación abstracta entre la disposición constitucional que establece la legalidad de la ley penal en el artículo 19 Nº 3, inciso final, del Código Político, con las denominadas leyes penales en blanco, depende de la ubicación que estas tengan en las diversas clasificaciones que la doctrina les atribuye según las condiciones mínimas que aquellas debieran cumplir y que la jurisprudencia ha incorporado en sus resoluciones. Bajo tal criterio, *están permitidas por nuestro ordenamiento constitucional las llamadas leyes penales en blanco impropias o de reenvío*, o sea, aquellas cuya remisión para la descripción de la conducta punible se encuentra en otra ley o en norma originada en la instancia

legislativa, penal o no. *Están permitidas, también, aquellas cuyo destino de remisión se encuentra establecido expresamente en la ley, aun cuando sea una norma no originada en la instancia legislativa y en la que se describa el núcleo central de la conducta punible (...)”*¹⁷.

Aquella interpretación literal del artículo 19 N° 3 inciso octavo, efectuada solo sobre la base de su derrotero histórico, pudo ser consistente con la Carta Fundamental al comienzo de su vigencia y mientras se institucionalizaba. Empero, hoy tiene que ser revisada sobre la base que nuestro constitucionalismo ha evolucionado, especialmente, en el respeto y promoción de los derechos fundamentales y en el reconocimiento unánime –sea como valor, principio o derecho– de la seguridad jurídica.

Por ende, es menester, avanzar a una interpretación renovada. En este sentido:

“(...) Louis Favoreu precisa este concepto al expresar que: ‘Un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional’ y debe velar por el derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución. Debe igualmente considerarse que las normas que articulan la jurisdicción constitucional *deben interpretarse de manera que potencien al máximo su defensa y cumplimiento*. En este orden de ideas, la jurisdicción constitucional tiene un significado esencial para *el perfeccionamiento* y la vigencia del Estado constitucional de Derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, la división vertical del poder del Estado y el respeto de los derechos fundamentales.

También debe tenerse en cuenta que esta ampliación de la jurisdicción permite a los Tribunales Constitucionales desempeñar *una función esencial de adaptación de la Constitución y de los textos que la complementan a la realidad nacional, en los casos en que su rigidez provoque problemas en la aplicación de sus normas o una alteración de las garantías en su esencia*¹⁸.

Si alguna vez, en consecuencia, pudo admitirse la constitucionalidad de las leyes penales en blanco, propias e impropias, solo sobre la base de una interpretación literalista y fundada nada más que en la historia del precepto en cuestión, la seguridad jurídica –como el mismo Tribunal lo recuerda en el Rol N° 480– exige hoy una más estricta y exigente comprensión del principio de tipicidad.

¹⁷ Considerandos 1°, 3°, 4° y 6° de la sentencia pronunciada el 9 de noviembre de 2006, Rol N° 468.

¹⁸ Considerando 8° de la sentencia pronunciada el 11 de enero de 2007, Rol N° 591.

Por cierto, no es constitucionalmente admisible –pues nada hay en la Carta Fundamental para sostenerlo así– esgrimir la cuestión de la *discrecionalidad técnica* para relajar aquel principio y, consecuentemente, infringir la certeza jurídica.

3.5.2 Principios de legalidad y tipicidad

La adecuada comprensión del asunto que se está analizando, sin embargo, exige una distinción que es crucial para la adecuada comprensión de lo dispuesto en el artículo 19º N° 3 inciso octavo de la Constitución, conforme a la cual es menester diferenciar, por una parte, el principio de reserva de ley que rige en la materia, puesto que “ninguna ley puede establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”, del principio de tipicidad, de otra, el cual exige que el legislador –y no otra norma– haya efectuado “la descripción legal del conjunto de las características objetivas y subjetivas (externas e internas o síquicas) que constituyen la materia de la prohibición para cada delito específico”¹⁹.

La Constitución, desde esta perspectiva, exige la reserva de ley para la descripción del delito, fijando así la fuente normativa en que aquel debe encontrarse descrito; pero, en una segunda exigencia, requiere que dicha conducta punible, más allá de la fuente en que se contiene, se encuentre expresamente descrita.

En otras palabras y aun asumiendo como acertada –si bien, ya superada– la interpretación que se ha efectuado de la secuencia histórica de la norma, en cuanto a que la decisión de la Junta de Gobierno lleva a sostener que la ley debe contener los elementos esenciales o sustanciales del tipo, pudiendo quedar entregado su complemento, en lo accesorio, a otra norma jurídica, de ello no puede colegirse, pues allí se produce un salto interpretativo que es erróneo y que contradice la Carta Fundamental, que el principio de tipicidad queda autorizado para escapar, aunque sea parcialmente, de su homónimo de legalidad.

En esta línea de pensamiento, asumir que resulte constitucionalmente admisible que dos normas distintas describan una conducta típica, no permite sustraer a ninguna de ellas del principio de legalidad, pues la flexibilidad en materia de tipicidad no conduce a anu-

¹⁹ CURY (1994) p. 268.

lar un principio que abarca a aquel, como es el de reserva de ley. Yerra, entonces, a juicio del suscrito, el Tribunal cuando admite que una norma infralegislativa pueda contener elementos –aunque sean accesorios, accidentales o secundarios– que complementan lo preceptuado por la ley para describir la conducta típica²⁰. La ley penal en blanco que contiene lo esencial del tipo, en consecuencia, no admite un reglamento penal en blanco que describa lo accesorio de aquel.

3.5.3 Corolario

En resumen, si el legislador decide no hacer una descripción completa y cabal de la conducta que será sancionada, su complemento debe igualmente hallarse contenido en otra ley, pues lo contrario, nada tiene que ver con la tipicidad, o sea, con la decisión de la Junta de Gobierno de no exigir una descripción *completa*, sino que vulnera la reserva de ley que, en la materia, se presenta en los dos niveles referidos, es decir, con calidad reforzada o más absoluta. Y lo mismo, dicho sea de paso, es aplicable en materia tributaria²¹.

Por ende, la competencia asignada por la Constitución a la ley, para regular la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos en sede infraccional, se encuentra configurada por lo dispuesto en los artículos 19 N° 3 incisos septimo y octavo y N° 26 en nexo con sus artículos 5° inciso segundo, 63 y 32 N° 6, contemplando los dos niveles para la reserva de ley ya comentados, excluyendo *totalmente* la posibilidad de que la potestad reglamentaria contemple elementos del tipo que no han sido incluidos en la ley, aun cuando se trate de cuestiones accesorias.

IV. EXAMEN ESPECÍFICO DE LAS INCONSTITUCIONALIDADES ALEGADAS

En el marco de consideraciones expuestas, procede revisar la decisión del Tribunal frente a cada uno de los preceptos legales impugnados.

²⁰ Véase, en este sentido, el voto disidente del Ministro Correa Sutil en el Rol N° 468.

²¹ Cfr. con la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 28 de febrero de 1999, Rol N° 282.

4.1 Artículo 81 del D.F.L. N° 1

En primer lugar, el Tribunal se va a pronunciar –en los considerandos 22 a 25– respecto de si el precepto que contiene el deber de las empresas concesionarias que operen interconectadamente a coordinarse para, entre otros fines, preservar la seguridad en el suministro del servicio eléctrico, es constitucionalmente suficiente frente al principio de legalidad, de manera de considerar cabalmente tipificada la conducta cuya infracción puede ser objeto de sanción por la Administración fiscalizadora.

Se trata de dirimir, entonces, si dicho precepto legal “tiene o no la suficiente ‘densidad normativa’, o si describe de manera suficiente el ‘núcleo esencial’ de la conducta debida, para ser aplicado en un caso sin resultar contrario a la propia reserva de legalidad que la Constitución, en defensa de la dignidad humana, ha dispuesto en esta materia”, sobre todo, considerando que la “densidad normativa requerida por el principio de tipicidad viene exigida en razón de la seguridad jurídica de los administrados”.

4.2 Fundamento de la decisión

Analizando, en ese contexto, el precepto legal referido, el Tribunal expone que en él se ha descrito la conducta debida a través del verbo rector *coordinarse*, lo cual significa, según dirá más adelante, “disponer las cosas metódicamente y concertar medios o esfuerzos para una acción común”; en dicha norma, además, se ha establecido una finalidad, consistente en preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico; y, en fin, se han graduado las sanciones ante su infracción según los modos de comisión o los efectos, conforme a lo establecido en los artículos 15, 16 y 16 A de la Ley N° 18.142, dependiendo de si la infracción resulta ser grave o gravísima.

Por lo anterior, colige que:

“para juzgar si la ley ha o no descrito de manera suficiente el deber cuyo incumplimiento resulta sancionable con multa la falta o inexistencia de coordinación ha de tenerse presente que, por el solo ministerio de la ley, puede presumirse que los sujetos obligados saben que deben realizar una conducta: coordinarse; que han de realizarla con una finalidad pública descrita también por la ley, como son la de preservar la seguridad en el suministro eléctrico, garantizar la operación más económica para el conjunto de las instalaciones del sistema y garantizar el derecho de servidumbre sobre los sistemas de transmisión y saben, por último, que sus eventuales incumpli-

mientos serán considerados como graves o gravísimos si de ellos se siguen determinados efectos, como son los de ocasionar la muerte de una persona o la falla generalizada en el funcionamiento de un sistema eléctrico".

Entrando en el núcleo de la evaluación constitucional, el Tribunal expone que:

"las empresas concesionarias del sistema eléctrico quedan entonces obligadas a disponer las cosas metódicamente y a concertar medios y esfuerzos en virtud de una finalidad relacionada con la naturaleza del servicio que prestan. Este deber de conducta se esclarece y adquiere mayor sustancia y sentido, pues el método y la concertación de medios debe ser aquel que resulte funcional a alcanzar la seguridad del servicio, la operación más económica para el conjunto de las instalaciones del sistema y el derecho de servidumbre sobre los sistemas de transmisión. Estas son metas públicas ordenadas a la protección de la persona, conducentes a una finalidad lícita como es la de disciplinar la actividad de quienes, por la vía de la concesión, han optado por tomar parte en el suministro de un servicio público vital para la población, como lo es el suministro eléctrico. En consecuencia, no nos encontramos, en la especie, ante una delegación vacía de contenido. La ley no se ha limitado a delegar en normas reglamentarias la regulación de la materia, lo que sí resultaría constitucionalmente reprochable, sino que ha descrito el deber de conducta para la consecución de un fin lícito, a través de un verbo rector, cuyo significado ha quedado enriquecido al poner la conducta al servicio de finalidades públicas legítimas y lo ha sancionado conforme a sus efectos".

4.3 Crítica

Reconociendo el esfuerzo que despliega el Tribunal, para configurar la conducta cuya infracción es susceptible de ser sancionada, es menester advertir que la propia hermenéutica seguida por aquella judicatura máxima deja en evidencia que la ley no ha establecido una descripción típica, o sea, un diseño que contenga claramente todos los elementos –o, al menos, los esenciales– que permitan al destinatario de la norma conocer, a cabalidad y con anticipación, cuál es la conducta que, de ser seguida por él, lo hará sujeto pasivo de una sanción.

En efecto, la conducta que no puede desarrollarse, pues amerita sanción, no es solo la descoordinación, sino que lo es cuando ella provoca el incumplimiento de la finalidad pública consistente en preservar la seguridad en el suministro eléctrico y garantizar el derecho de servidumbre sobre los sistemas de transmisión, siendo

estos últimos elementos esenciales, pues conforman el núcleo de la conducta típica, ya que no cualquier descoordinación admite sanción.

Justo es preguntarse, entonces, ¿quién ha descrito la conducta ilícita? ¿Lo hace el artículo 81 del DFL N° 1 o recién lo ha venido a hacer el Tribunal en el Rol N° 480, al hacer una interpretación sistemática de aquel precepto? Si es esto último, ¿cómo se supera el efecto retroactivo, al sancionar por actuaciones anteriores a la fecha en que se dictó la sentencia? Más aún, la interpretación judicial ¿exige la revisión de lo decidido, previamente, por la Superintendencia de Electricidad o esta entidad fiscalizadora entendió también así la conducta que sancionó? Si fue así, vuelvo a la duda inicial y que no es infrecuente en sede administrativa, ¿quién definió la conducta típica: el artículo 81 o la Superintendencia al formular cargos o, peor aún, lo hizo recién al dictar la resolución sancionadora?

Por ello, cuando el Tribunal concluye que “esta descripción del núcleo esencial del deber a través del verbo rector ‘coordinarse’, explicitado a través de finalidades públicas lícitas que ayudan a entender su sentido y alcance y cuyo incumplimiento ha sido considerado como agravado en conformidad a los efectos que describe el artículo 15 de la Ley N° 18.410, resulta suficiente y, en consecuencia, no hará reproche de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al precepto del artículo 81”²², parece nítido que el precepto legal impugnado no ha descrito claramente la conducta prohibida, sino que ha sido el juez constitucional –y antes, la Administración– el que, integrando diversas disposiciones de la ley, construye el tipo infraccional.

Al respecto, útil es transcribir aquí lo que ha señalado, en la materia, la Corte Interamericana:

“Con respecto al principio de legalidad penal, la Corte ha señalado que *la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada*, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no

²² En relación con este acápite del fallo, conviene tener presente que los Ministros señores Juan Colombo Campbell, Hernán Vodanovic Schnake y Jorge Correa Sutil llegan a la conclusión referida teniendo presente consideraciones adicionales, sobre la base de advertir que no se está ante un caso de norma penal, sino ante un deber administrativo, de manera que “las exigencias de la legalidad penal han de ser matizadas pues ellas han sido establecidas en defensa de la libertad personal, bien jurídico que la Constitución cautela de manera más rigurosa que los demás”.

penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.

En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo”²³.

Por cierto que *la elaboración* del tipo infraccional corresponde al legislador, no al juez que conoce del asunto; menos a la Administración que fiscaliza y sanciona, como tampoco a la Justicia Constitucional que evalúa el apego de los preceptos legales o reglamentarios a la Carta Fundamental.

Y no resulta, en fin, constitucionalmente admisible que se justifique una descripción clara y a la que es difícil arribar, sobre la base de que sus destinatarios –empresas eléctricas– deben conocer el ordenamiento jurídico especial que rige su trascendental actividad económica de servicio público. Nada de ello –y tampoco la capacidad reconocida de los equipos jurídicos que asesoran a un agente económico– admite la discriminación o diferencia arbitraria que lleva a relajar, al punto de vaciar de contenido, el principio de tipicidad –no el de legalidad, que aquí no está en juego–, cuando se trata de aquellos destinatarios u otros singularmente prominentes de los preceptos analizados.

4.4 Examen de los preceptos que establecen la legitimidad de la actividad (en realidad, *potestad*) sancionadora

En los considerandos 26 a 32, el Tribunal analiza la constitucionalidad de los artículos 3° N° 17 inciso cuarto y N° 23 inciso primero y del artículo 15, ambos de la Ley N° 18.410.

Comenzando por este último, recuerda que se trata de un precepto que faculta a la Superintendencia para sancionar a las empresas, entidades o personas naturales, sujetas a su fiscalización o supervisión, en caso que incurran en infracciones de las leyes, *reglamentos* y demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles

²³ Considerandos 125 y 126 de la sentencia pronunciada en el caso *Lori Berenson con Perú*, el 25 de noviembre de 2004.

líquidos, o en incumplimiento de *las instrucciones y órdenes* que les imparte la propia Superintendencia. Dispone, asimismo, que las sanciones serán aquellas que se señalan en el mismo título de la ley o en otros cuerpos legales.

El Tribunal comienza advirtiendo que, en la gestión pendiente donde incide el recurso de inaplicabilidad que está conociendo, la Superintendencia ha invocado, para sancionar, *incumplimientos de normas legales y reglamentarias* y no de instrucciones u órdenes, como son el artículo 81 del D.F.L. N° 1 de 1982 y el artículo 165 y diversos acápite de los artículos 172, 181, 184, 323 y 324 del Decreto Supremo N° 327, del Ministerio de Minería de 1997.

No es aventurado extraer de esta advertencia que el Tribunal, naturalmente, no se pronuncia para el caso que las sanciones se impongan por la infracción de normas infrarreglamentarias, pues “no le corresponde a esta Magistratura, en consecuencia, juzgar en esta causa la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley 18.410 en cuanto pueda aplicársele para sancionar incumplimientos de instrucciones y órdenes de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, sino de una norma de rango legal y de diversos preceptos contenidos en un Decreto Supremo, pues así se le ha invocado en la gestión pendiente”, aunque puede anticiparse que ello no sería, afortunada y acertadamente, admitido en esta sede constitucional.

4.5 Confusión de los principios de legalidad y tipicidad

Despejado aquel asunto, el Tribunal sostiene que no cabe formular reproche cuando el deber que se reputa infringido está establecido en una norma de rango legal, pero tampoco cuando la ley faculta a una Superintendencia a sancionar a las empresas concesionarias de un servicio público ante el incumplimiento de deberes establecidos en Decretos Supremos, aunque en este caso solo “en la medida que estos últimos se limiten a reglamentar deberes suficientemente descritos en normas de rango legal”.

En la especie, añade el Tribunal, “las normas de rango legal examinadas describen de manera suficiente el deber”, según lo razonado en los considerandos 13 a 25. Es decir, no está en juego aquí –al revés de lo que ocurría con el artículo 81– el principio de tipicidad, sino que el problema constitucional surge con el de legalidad, aunque el Tribunal –equivocadamente, según se explicó– aplique el

mismo criterio para solucionar las dudas que se le han planteado en uno y otro caso.

El mismo razonamiento, a juicio del Tribunal, resulta aplicable al artículo 3º N° 17 inciso cuarto y N° 23 inciso primero, ya que no merece reproche de constitucionalidad cuando las infracciones se encuentran contempladas en normas de rango legal o si se hallan contenidas en decretos supremos, cuando estos últimos vienen, como en la especie, precedidos jerárquicamente de una ley que describa las conductas debidas y sancionables con suficiente sustancia como para no vulnerar el principio de legalidad.

Lo expuesto puede formularse, entonces, en los términos siguientes: no hay inconstitucionalidad cuando la infracción se encuentra descrita en una o varias leyes o cuando el reglamento solo detalla lo que está, en esencia, previsto en una ley.

Ya he señalado que la primera hipótesis (ley infraccional en blanco complementada por otra ley) vulnera el derecho a la seguridad jurídica, que no era concebido –como lo es hoy– cuando la Junta de Gobierno modificó lo que le habían sugerido la Comisión de Estudio y el Consejo de Estado; y que la segunda hipótesis (ley infraccional en blanco complementada por la potestad reglamentaria) es igualmente y más nítidamente inconstitucional, pues, más allá de que cumplan con el principio de tipicidad, quebrantan el de legalidad.

4.6 Aplicación de la Teoría de la Ley Pantalla, pero al revés

Aún obviando lo que acaba de señalarse, llama la atención que, en todo caso, el Tribunal –situado en la segunda hipótesis mencionada– no resuelva acerca de si el reglamento vulnera o no la Constitución.

Sorprendentemente, la Magistratura Constitucional declara que aquella hipótesis “no debe estimarse como un juicio relativo a si, en la gestión pendiente, las sanciones aplicadas por la Superintendencia tuvieron o no suficiente cobertura legal, pues tal juicio debe ser emitido por el Tribunal de Alzada que conoce de las reclamaciones de la empresa sancionada. En otras palabras, este pronunciamiento no versa ni podría versar acerca de si el Decreto Supremo invocado por la Superintendencia efectivamente se limita a desarrollar el deber de coordinarse con los fines legales o si, por el contrario, excede esos márgenes tolerables o si delega en normas inferiores este deber que le corresponde. No le compete a este Tribunal en este

caso juzgar la legalidad ni la constitucionalidad de los Decretos Supremos o de instrucciones que se amparan en ellos, invocados en la gestión pendiente. Solo le corresponde determinar si la aplicación, en la gestión pendiente, de los preceptos legales impugnados resulta contraria a la Constitución”.

De lo expuesto queda en evidencia que el Tribunal aplica aquí, aunque invertida, la denominada *Teoría de la Ley Pantalla*, según la cual, cuando se impugna la constitucionalidad de una norma reglamentaria, se elude revisar la ley que esa norma ejecuta y el examen se comprime a revisar la legalidad de aquella y no el respeto que esa norma infralegislativa debe a la Carta Fundamental, pues si se la considera legal, ya no se avanza al control de constitucionalidad del precepto reglamentario²⁴.

Efectivamente, en el Rol N° 480 el Tribunal invierte la teoría referida, pero provocando igualmente que no se ejerza el control de constitucionalidad sobre el reglamento, pues no se considera habilitado para examinar, desde ese ángulo, el Decreto Supremo, ya que ha sido convocado, conforme al artículo 93 N° 6 de la Carta Fundamental, a evaluar solo el apego de los preceptos legales, que sustentan aquel acto reglamentario, a la Constitución. Lo otro, la constitucionalidad de la norma infralegislativa, aclara que correspondería al juez del fondo.

Aunque el razonamiento del Tribunal confirma que ni aun después de la reforma constitucional de 26 de agosto de 2005, posee el monopolio del control de constitucionalidad, pues tiene razón en señalar que el juez del fondo puede –y debe, de acuerdo a los artículos 6° y 76 de la Carta Fundamental– examinar el reglamento a la luz de la Constitución, se trata, sin embargo, de una decisión errada, ya que, mientras por una parte admite la colaboración del reglamento en la descripción del tipo, no se pronuncia acerca de si dicha colaboración se ajusta o no a la Carta Fundamental, en circunstancias que es el complemento indispensable de la ley en blanco.

Lo expuesto es de trascendental importancia cuando no basta con examinar la ley para evaluar su apego a la Constitución, sino que es forzoso revisar el conjunto normativo que contiene la infracción:

²⁴ Aplicó aquella teoría, precisamente, en la sentencia pronunciada el 15 de abril de 1997, Rol N° 253 (considerandos 5° a 9°).

“Que el examen del tenor literal y espíritu de la disposición en gestación reproducida permite a este Tribunal determinar las características matrices siguientes:

1. La remisión que el proyecto de ley hace, sin reserva alguna, al reglamento de ejecución para los efectos de establecer, es decir, de ordenar o mandar en cuanto a los requisitos, sanciones y causal genérica de incumplimiento que autoriza imponerlas;
2. La omisión de toda norma regulatoria del proceso y procedimiento a través del cual pueden ser impuestas aquellas sanciones, contemplando la defensa de rigor;
3. El silencio en relación con cuál es el órgano administrativo competente para dar por establecidos los hechos configurativos de la infracción o sanción administrativa;
4. La amplitud de la causal, única y genérica, que permite, en definitiva, punir administrativamente a quienes se repute haber incurrido en incumplimiento de las obligaciones vinculadas al registro habilitante respectivo;
5. La remisión al reglamento de ejecución como fuente, exclusiva y excluyente, de las situaciones concretas que configuran aquel incumplimiento;

Que, del enunciado efectuado en el considerando precedente se sigue, como conclusión ineludible, que el precepto impugnado es una remisión, en 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 resolutiva de esta sentencia”²⁵.

4.7 Examen de los preceptos que establecen las sanciones

El Tribunal se refiere, finalmente, en los considerandos 33 a 36, a los artículos 16 N° 2 y 16 A de la Ley N° 18.410, en cuanto se ha alegado que, fundamentalmente por la discrecionalidad que consagran a favor de la Administración, al establecer un amplio rango de sanciones, ellas pueden llegar a ser excesivas.

²⁵ Considerandos 22 y 23 de la sentencia pronunciada el 21 de abril de 2005, Rol N° 437.

Desde luego, el Tribunal no formula reproche en cuanto al principio de legalidad, ya que las conductas y, en este caso, las sanciones están contenidas en la ley y no en normas de inferior jerarquía.

En cuanto al rango muy amplio de sanciones que establece la ley, este va desde una multa de una unidad tributaria mensual hasta una de diez mil unidades tributarias anuales o clausura, tratándose de infracciones gravísimas; hasta cinco mil unidades tributarias anuales o revocación de autorización, si se trata de infracciones graves y multa de hasta quinientas unidades tributarias anuales, en el caso de infracciones leves. Pero cabe señalar que, si bien el rango de las sanciones es amplio, se encuentra regulado dependiendo de si se trata de infracciones gravísimas, graves o leves, según la conducta en cuestión de que se trata, en un caso, o según los efectos o resultados que produzca el incumplimiento, en la mayoría de ellos.

Ante esta regulación, el Tribunal reconoce que “la discrecionalidad que se deja a quien está llamado a fijar la sanción puede ser efectivamente calificada de amplia, si se le compara con el rango de discreción que permiten, por regla general las sanciones penales. Con todo lo criticable que pueda ser esta forma de legislar, no corresponde a este Tribunal hacer reproches de mérito, sino de constitucionalidad. Siendo esta y no otra su tarea, el Tribunal no tiene reproche que hacer a estos preceptos, pues en la especie, se han aplicado estos preceptos para justificar multas que, sumadas, ascienden a 500 Unidades Tributarias Anuales, cifra que está sujeta a la revisión de judicatura independiente”.

Podría desprenderse de esta decisión, aunque no debe considerarse que ese haya sido el objetivo del Tribunal, que la proporcionalidad no es una regla exigida por la Constitución, en circunstancias que ella no solo se encuentra contemplada en la Carta Fundamental en los numerales 2º y 20 de su artículo 19, sino que es constitutiva de un derecho fundamental²⁶.

La proporcionalidad es uno de los elementos configurativos del principio de igualdad, para dirimir la “disposición, conformidad o correspondencia debida (...) entre cosas relacionadas entre sí”²⁷:

²⁶ FERNÁNDEZ (2000).

²⁷ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Madrid, Ed. Espasa, 2001, p. 1253.

“(...) para apreciar si una medida diferenciadora tiene o no carácter discriminatorio, el Tribunal Constitucional aplica, en primer término, el *test* de razonabilidad, que exige que la diferencia persiga un fin constitucionalmente admisible, así como que exista una adecuación entre dicha medida diferenciadora y el fin que la misma persigue. Pero además de ser razonable, es necesario que la diferenciación sea proporcionada, entendiendo por tal que la medida sea resultado de una satisfactoria ponderación, ya de los derechos afectados, ya de las circunstancias que justifican el trato”²⁸.

En términos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir del caso *Sindicato Nacional de la Policía Belga*²⁹, se ha configurado el nexo existente entre el Principio de Igualdad y el de Proporcionalidad:

“(...) la desigualdad de trato no solo debe perseguir un objeto legítimo, sino que en todo caso debe darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”³⁰.

En España se ha recogido también la tesis del Tribunal Europeo:

“Para que una desigualdad de trato no vulnere el principio de igualdad habíamos visto que al Tribunal Europeo de Derechos Humanos no le bastaba solo que dicha desigualdad persiguiera un fin legítimo; además, la desigualdad tenía que ser proporcional al fin perseguido. Pues bien, ahora esa es la cuestión: ¿exige nuestro Tribunal Constitucional la proporcionalidad entre la norma y el fin por ella perseguido?

En un principio, el Tribunal Constitucional, como ya hemos visto, hizo suya la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La sentencia de 2 de julio de 1981³¹ declaraba, en términos generales, que ‘la igualdad es solo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida’(...).

Sin embargo, y a pesar de tan contundentes declaraciones, el Tribunal Constitucional no ha realizado el examen de la proporcionalidad con la generalidad con que lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...)”³².

²⁸ MEDINA (1996) p. 124.

²⁹ Sentencia de 27 de octubre de 1975, contenida en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* N° 25, pp. 602 ff.

³⁰ SUAY (1985) p. 99.

³¹ *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* N° 4, pp. 243 ff.

³² SUAY (1985) pp. 179-181.

En la misma línea se encuentra la jurisprudencia de Estados Unidos:

“(...) el método (del juicio de igualdad) consistía en reconocer al legislador la facultad de dictar leyes diferentes según el grupo social al que iban destinadas, con tal de que esa diferencia de trato tuviese una justificación objetiva y razonable, lo que solo va a ser posible demostrando que la ley es un medio propicio para la consecución del fin que ella misma se propone. Queda, pues, prohibida toda diferencia de trato que no tenga algo que ver con el objetivo de la ley.

Este método, de un lado, mantiene rigurosamente la prohibición de utilizar ciertos criterios de diferenciación y, de otro, admite que el legislador pueda dictar disciplinas diferentes si sirven para alcanzar el objetivo que la propia ley se propone. Normalmente, como veremos, la utilización de este método se va a traducir en la legitimidad constitucional de la ley, si bien existen casos en que la diferenciación es insostenible. En *Katzenbach v. Morgan*, el Tribunal Supremo declaró la inconstitucionalidad de la ley que excluía del derecho a voto a quienes no supieran hablar inglés (de hecho, ello significaba la privación del derecho al sufragio de los portorriqueños). El objetivo de difundir la lengua del Estado, que podría haber perseguido dicha ley, no era suficiente para legitimar la diferencia.

Sin embargo, el ejemplo citado es excepcional. Lo normal es que la utilización de este método conduzca a la desestimación de las cuestiones que se suscitan por infracción del principio de igualdad (...)”³³.

La proporcionalidad, entonces, permite vincular una medida o decisión con el sujeto u objeto sobre el que recae, de manera que haya conveniente o razonable adecuación entre ellas:

“Lo razonable puede ser lo proporcionado e idóneo para alcanzar un fin propuesto; adecuación mesurada de los medios al fin (...); lo razonable es lo justo, lo valioso por su ajuste al valor de la justicia; razonable es lo que tiene razón suficiente según las circunstancias del caso (...). La razonabilidad impone, entonces, un cierto límite que, si se traspasa, nos hace caer en la zona opuesta de lo arbitrario (...). Hay razonabilidad cuando el medio está proporcionado al fin, siempre que tal medio no infiera a determinados derechos una limitación mayor que la que surgiría de otro medio distinto”³⁴.

Por ello, la cuestión de la proporcionalidad no es un asunto de mérito, es decir, de decisión soberana y no justiciable por parte del legislador, sino que es un parámetro o cartabón cuyo respeto se exige por la Carta Fundamental, frente al cual cabe revisar, por la

³³ SUAY (1985) pp. 108-109.

³⁴ BIDART CAMPOS (1987) pp. 92 y 94.

Magistratura encargada del control de constitucionalidad, las decisiones legislativas, administrativas o estatales, en general.

4.8 La Constitución no exige que los preceptos que establecen deberes, que facultan sancionar y que prescriben sanciones estén todos en una misma norma

Para finalizar su examen, en los considerandos 37 a 39, el Tribunal procede a “determinar si puede ser contrario a la Constitución que los preceptos que establecen deberes, los que prescriben las sanciones y los que facultan para sancionar el incumplimiento de deberes se encuentren en normas diversas”, al margen de la jerarquía de ellas.

Aunque el Tribunal reconoce que “reunir en una misma norma la conducta antijurídica y la sanción es la técnica habitual del derecho penal” porque “se garantiza mejor la seguridad jurídica”, tal y como ya se ha explicado, precisa que, en el caso concreto que está conociendo, las normas impugnadas se encuentran en dos cuerpos normativos, el D.F.L. Nº 1 y la Ley Nº 18.410, los cuales, si bien “no conlleven referencias recíprocas –expondrá la Magistratura Constitucional–, lo que podría facilitar su comprensión, no resulta intolerable para el valor de la seguridad jurídica que normas contenidas en dos cuerpos legales diversos pretendan aplicarse a una empresa especializada que lleva a cabo, en virtud de una concesión, un servicio público, cuya naturaleza exige de una regulación altamente técnica y dinámica”.

En conclusión, el Tribunal ha rechazado, en todas sus partes, el recurso de inaplicabilidad³⁵.

³⁵ Conviene tener presente que el Ministro Mario Fernández Baeza concurre al fallo, aun cuando señala en su prevención, entre otras consideraciones, que “el examen constitucional abstracto de las normas impugnadas en la especie depara una repetida constatación de fisuras jurídicas, varias con alcance constitucional. Desde luego, una análisis general de la Ley Nº 18.410, cuyos artículos 3º número 17, inciso cuarto y número 23 inciso primero, 15, 16 Nº 2 y 16 A son requeridos de inaplicabilidad en la acción de autos, presenta una disparidad entre el objeto que le entrega a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y las atribuciones que a esa repartición se le proporciona en el articulado siguiente (...)", concluyendo que “la aplicación de preceptos legales con los reparos de constitucionalidad descritos, no ha resultado contraria a la Constitución, pues la entidad de las inconstitucionalidades apreciadas en el examen abstracto de los preceptos impugnados es menor que la relación existente entre el objeto protegido en su aplicación, cual es la preservación de la seguridad del servicio en el sistema eléctrico, y los bienes jurídicos fundamentales tutelados en los incisos cuarto y quinto del artículo 1º de la Constitución Política de la República”.

V. EVALUACIÓN

Siendo acertado sostener que el Derecho Administrativo Sancionador se encuentra sujeto al principio de legalidad y que, más aún, a él se aplican los principios y reglas que la Constitución ha contemplado, en materia penal, en su artículo 19 N° 3, el Rol N° 480, aunque manteniendo la jurisprudencia y lo sostenido por la doctrina, flexibiliza aquel principio, así como también el de tipicidad, admitiendo las leyes penales en blanco propias e impropias. Unas y otras, sin embargo, resultan inconstitucionales, pues lesionan la seguridad jurídica, en el primer caso, y el principio de legalidad, precisamente, tratándose de las impropias.

Particularmente sensible se vuelve aquella lesión de la Carta Fundamental, como es obvio de comprender, cuando esa especie de legislación afecta el desarrollo de actividades económicas, especialmente, si se trata de las que requieren inversiones de largo plazo y cuantía elevada, siendo decisivo que el Estado las excluya, derechamente, como instrumento para regular esas actividades en el ejercicio de sus potestades normativas.

Para arribar a esta última conclusión es menester distinguir el principio de legalidad del de tipicidad que, conectados entre sí, son distintos y operan con diferente intensidad, ya que el poder constituyente originario –en una interpretación que debe ser abandonada– flexibilizó el segundo de ellos, en materia sancionadora, pero no el primero. Por ello, en ese ámbito, no resulta admisible la potestad reglamentaria de ejecución y menos todavía su homónima autónoma.

Sin embargo, si se admiten las leyes penales en blanco impropias, entonces, la revisión de constitucionalidad debe alcanzar tanto a la

Adicionalmente, debe considerarse la prevención de los Ministros Marcelo Venegas Palacios y Enrique Navarro Beltrán, quienes también concurren al fallo, teniendo adicionalmente presente otras motivaciones. De entre estas, destaco aquella según la cual el artículo 15 de la Ley N° 18.410 “autoriza al propio organismo fiscalizador sectorial, la Superintendencia de Electricidad y Combustible, a sancionar eventualmente no solo las conductas tipificadas en la ley y en los reglamentos dictados por expreso mandato del legislador, sino que incluso aquellas que pudieren establecerse en instrucciones y órdenes emanadas de la propia Superintendencia; todo lo cual no parece conciliable con el principio de legalidad, desde el momento que la autoridad administrativa por sí y ante sí –y sin suficiente respaldo legal– estaría determinando la conducta a sancionar, la que puede llevar aparejado multas de hasta diez mil unidades tributarias anuales, y respecto de cuya imposición puede reclamarse a los tribunales de justicia, siempre que se consigne previamente un determinado porcentaje de la misma”.

ley como al reglamento que la complementa, sin que el juez –sea ordinario, especial o constitucional– pueda solo revisar el apego de alguno de esos preceptos a la Carta Fundamental y no del otro, pues en ambas se contiene la descripción de la conducta que se reputa antijurídica.

En fin, no cabe admitir, como podría desprenderse de lo resuelto por el Tribunal en el punto, que el principio de proporcionalidad sea una cuestión de mérito y, por ende, no justiciable, en circunstancias que integra el derecho a la igualdad que la Constitución obliga a respetar y promover, siendo susceptible, en consecuencia, de ser examinada por el Tribunal, cualquier decisión que pueda considerarse desproporcionada.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUERREA MELLA, Pedro (2006): *Acerca de los límites de la potestad sancionadora de la Administración* (Santiago, Tesis de Grado Magíster en Derecho Público Facultad de Derecho de la Universidad Católica).
- BIDART CAMPOS, Germán (1987): *La interpretación y el control constitucionales en la jurisprudencia constitucional* (Buenos Aires, EDIAR).
- CARMONA, Carlos, "Un nuevo estudio en la relación ley-reglamento: El ámbito del reglamento", 63 *Revista de Derecho Público* 2.
- CEA, José Luis (1998): "Los principios de reserva legal y reglamentaria en la Constitución chilena", 9 *Revista de Derecho UACH* (Valdivia).
- (2004): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CELAYA, Rodolfo (2005): *De la inconstitucionalidad de la potestad sancionadora de la Administración del Estado* (Santiago, Tesis de Grado Magíster en Derecho Público Facultad de Derecho de la Universidad Católica).
- COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN: *Actas Oficiales*, sesión 355^a.
- CURY, Enrique (1994): *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FERMANDOIS, Arturo (2001): "La reserva legal: Una garantía sustantiva que desaparece", 28 *Revista Chilena de Derecho* 2.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2000): "Principios constitucionales de proporcionalidad y justicia en materia tributaria", 27 *Revista Chilena de Derecho*, pp. 357-371.
- (2005): "El derecho constitucional al debido proceso con especial aplicación al nuevo proceso penal", en *Anales de la Facultad de Derecho* (Santiago, Universidad de Chile) pp. 73-79.
- (2005): "El principio de reserva constitucional", *Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público* (Santiago, LexisNexis) pp. 215-224.
- (2006): "Los derechos fundamentales en 25 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1980-2005", 33 *Cuadernos del Tribunal Constitucional* (Santiago, Tribunal Constitucional).
- GARAY, Diego (2006): *Conflictos ley-reglamento. Jurisprudencia constitucional actual* (Santiago, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile).
- LIZAMA, Gabriel (2001): *Derechos fundamentales y la potestad sancionadora de la Administración* (Santiago, Tesis de Grado Magíster en Derecho Público Facultad de Derecho de la Universidad Católica).
- MEDINA, Manuel (1996): *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales* (Madrid, McGraw-Hill).
- RIBERA, Teodoro (2001): "Reserva legal, potestad reglamentaria y Constitución de 1980", 63 *Revista de Derecho Público*, pp. 471-488.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2005): "La potestad sancionadora de la Administración, ¿se adecua a la Constitución?" en *Sanciones administrativas y derechos*

fundamentales (Santiago, Academia de Derecho Universidad Santo Tomás) pp. 29-49.

SUAY, José (1985): *El principio de igualdad en la justicia constitucional* (Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local).

Fuero y desafuero en las sentencias del Tribunal Constitucional

■ ■ ■

GASTÓN GÓMEZ BERNALES

Profesor y Director del Departamento de Derecho Público,
Universidad Diego Portales

RESUMEN

En este trabajo se analizan los fallos dictados por el TC conociendo de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 416 inciso tercero del Código Procesal Penal (CPP), en los procesos de desafuero parlamentario. Se exponen los argumentos del Tribunal y se revisan sus criterios interpretativos. La tesis que defiende el autor es que hay una incorrecta ponderación de los derechos y valores constitucionales involucrados en las sentencias que el TC ha dictado sobre la materia, toda vez que la víctima quedó desprovista de procedimiento para desaforar al eventual infractor y constreñido su derecho a la igual protección de la justicia. También se analizan las sentencias dictadas por el TC respecto de la constitucionalidad del artículo 416 inciso segundo. A pesar de que el TC adujo para desechar los recursos que el precepto legal no era aplicable al caso, en algunos considerando y en los votos de minoría de la sentencia, inusualmente, se adelantan juicios acerca de la oportunidad en que sería apropiado pedir el desafuero antes de impulsar una causa penal contra un aforado.

SUMARIO

I. Introducción: presentación del problema. II. Como entender el fuero y el desafuero. III. La jurisdicción constitucional y el precepto legal inaplicable. IV. La argumentación del TC que conduce a acoger los recursos. V. El pleno de la Corte de Apelaciones ante la sentencia del TC. VI. Los defectos del razonamiento de la sentencia del TC. 6.1 Ausencia de precepto legal que aplicar: Primera tensión entre jurisdicciones. 6.2 Déficit de ponderación de bienes constitucionales. 6.3 Déficit de argumentación en la sentencia. VII. Las sentencias del Tribunal Constitucional y el inciso segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal. 7.1 Presentación del problema. 7.2 La decisión del Tribunal Constitucional. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

El senador Guido Girardi dedujo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (artículo 93 N° 6 de la Carta) en contra del artículo 416 inciso tercero del Código Procesal Penal, disposición, esta última, que prevé el procedimiento de “desafuero” de autoridades investidas con este privilegio, frente a querellas por delitos de acción privada. Adujo que este inciso infringía –en esencia– el debido

proceso (artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución) y las normas constitucionales sobre el fuero parlamentario (artículo 61 de la Constitución). Lo hizo a raíz de la presentación por varios particulares de una querella en su contra por el delito de injurias y calumnias graves con publicidad; hecho que, como se recordará, consistió en afirmar que los dueños y gerentes de AFPs e ISAPRES eran “delincuentes de cuello y corbata”.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) resolvió, mediante sentencia de fecha 8 de agosto de 2006¹, acoger el reclamo o requerimiento del senador y declaró inaplicable el artículo 416 inciso tercero al procedimiento de desafuero que la Corte de Apelaciones de Santiago iba a iniciar al parlamentario. La sentencia se pronunció sin esperar que la Corte entrara al conocimiento de la petición. La reacción de la Corte de Apelaciones cuando se le notificó la resolución del TC que le ordenaba inaplicar tal disposición fue particularmente desafortunada. Por mayoría de votos, el Pleno ordenó archivar el procedimiento de desafuero.

El archivo del expediente de desafuero trajo como consecuencia inmediata que el querellante quedara sin procedimiento para desaforar al senador y –por ello– impedido que su querella prosperase, y al Senador, la resolución lo convirtió en impune del eventual delito que hubiera cometido. El voto de minoría de Ministros de la Corte de Apelaciones propuso para el asunto un tratamiento distinto al archivo. Dicho voto estimó seguir adelante con el desafuero, en aplicación del principio de inexcusabilidad; pero no tuvo la suficiente fuerza para imponerse en el Pleno de la Corte de Apelaciones. El fuero se transformó, así, de un privilegio de procesabilidad en una garantía de inimputabilidad, lesionando, con ello, seriamente diversos bienes y valores constitucionales.

Sin pereza alguna –como era de esperarse– otros parlamentarios afectados por querellas del mismo tipo requirieron al TC similar pronunciamiento e idéntico “privilegio”. Siguiendo su jurisprudencia el TC por sentencia de fecha 9 de noviembre del 2006, ordenó inaplicar el artículo 416 inciso tercero en causa seguida contra el senador Pablo Longueira por la eventual comisión de injurias graves con publicidad y por sentencia de la misma fecha tuvo idéntico predicamento respecto del senador Nelson Ávila, a raíz de hechos que lo involucraban en delitos de similar naturaleza².

¹ STC Rol N° 478/2006, requerimiento de Guido Girardi.

² Véase STC Rol N° 529/2006, requerimiento de Juan Pablo Longueira Montes, y N° 533/2006, requerimiento de Nelson Ávila Contreras.

No deja de ser curioso que el TC no haya tomado en cuenta en sus razonamientos si los tres parlamentarios concurrieron o no con sus votos a aprobar los artículos ahora tachados por ellos mismos de inconstitucionales (aspecto que sí debe tomar en cuenta en otros procedimientos de control). Tampoco tomó en cuenta que los parlamentarios no cuestionaron –en su oportunidad– que el proyecto de Código Procesal Penal –cuerpo legal al que pertenece el artículo 416 inciso tercero– no fuera a control preventivo obligatorio de constitucionalidad, como jurídicamente correspondía pues se trata de un artículo que es materia de ley orgánica constitucional. Si estos súbitos defensores del estado de derecho y los derechos fundamentales hubieran actuado oportuna y diligentemente, es muy probable, tomando en cuenta la jurisprudencia del TC en estos casos, que este artículo no hubiere pasado el control preventivo de constitucionalidad. Sus votos ayudaron a que estas normas se aprobaron, y ahora se vuelven contra ellas, solicitando su inaplicabilidad por ser inconstitucionales. Todo un modelo de rectitud jurídica.

Este es el relato constitucional de un asunto desafortunado. A continuación, voy a analizar las distintas decisiones involucradas y sus argumentos. Naturalmente, no puedo sostener una tesis interpretativa de la Constitución que defrauda tan vigorosamente la igualdad de trato y los derechos fundamentales.

II. CÓMO ENTENDER EL FUERO Y EL DESAFUERO

El fuero supone un “privilegio” frente a la situación en que estamos todos de responder ante los tribunales de justicia por nuestros actos de connotación penal, pues prohíbe que un diputado o senador pueda ser “acusado” o “privado de su libertad” sin antes ser desaforado (si es arrestado por delito flagrante debe ser puesto a disposición del “Tribunal de Alzada respectivo” con la información sumaria del caso). El desafuero de un parlamentario exige sentencia judicial pronunciada por el tribunal de alzada de la jurisdicción respectiva, la que debe constatar que hay mérito para formarle causa –lo que puede ser apelado para ante la Corte Suprema–. Solo una vez desaforado el parlamentario responde penalmente de sus actos.

A lo largo de nuestra vida constitucional, el fuero ha dado lugar a grandes querellas entre los partidarios de la existencia o contrarios a este privilegio constitucional, sobre todo cuando, como se preveía en la Constitución de 1833, eran las Cámaras las que autorizaban la

imputación penal contra un parlamentario, antes de que se pudiera proceder penalmente en su contra, y estas tendían a cerrar filas para impedir el juzgamiento, cualquiera que fuese la corriente política a la que perteneciere el parlamentario. No son pocos los que actualmente cuestionan la existencia de este privilegio, aunque no es este artículo el lugar apropiado para entrar en el tema.

Los debates académicos sobre el fuero se han centrado principalmente en el desafuero, enfatizando qué debe entenderse por “acusado” (acusado, perseguido o arrestado, decía la Carta del 25 en su artículo 33) o “privado de su libertad”. Naturalmente un aspecto central para dilucidar la procedencia y sustento de una solicitud de desafuero consiste en determinar el significado del estándar “haber lugar a la formación de causa” que exige la Constitución para desaforar al parlamentario –y exigía también la Constitución de 1925–; si, por una parte, fundadas sospechas o si presunciones fundadas, acreditada que fuese la existencia del delito.

El TC entiende el fuero como una “garantía procesal que protege al parlamentario de una persecución criminal infundada y que inhiba o entorpeza el cumplimiento adecuado de sus funciones. Posee un fundamento claramente político, asociado al resguardo de la autonomía de los órganos legislativos y al principio de separación de poderes –valores esenciales del estado de derecho– y cuya justificación mediata es el pleno ejercicio de la soberanía popular”³. A pesar de que la Carta nada dice, el TC entiende que el fuero se extiende por igual frente a delitos de acción pública o privada. Y así se entendió también durante la vigencia de la Constitución de 1925.

La gravedad que tiene desaforar a un parlamentario para la democracia y las mayorías parlamentarias –pues queda por ello suspendido del cargo– rodean los entretelones y la causa del desafuero de gran tensión y expectación pública. No cabe duda que si el desafuero no acarreara la suspensión del cargo, tales efectos se atenuarían considerablemente, aunque por cierto no se produciría uno de los aspectos que los constituyentes históricos creyeron importante garantizar con esta institución: al suspender al parlamentario del cargo –y de la dignidad de este–, mientras es sometido a la justicia, se atenúan las presiones a la justicia desde el poder.

Si bien el fuero tiene un innegable sentido institucional, el sistema de fuero y desafuero está dirigido a privar mientras dure la investi-

³ STC Rol N° 478/2006, considerando 2º.

gación criminal del cargo a un parlamentario –de su poder y dignidad– contra el que existen motivos sólidos que le ha cabido participación en hechos punibles. Pero el desafuero tiene un innegable impacto en la política, toda vez que incide en la representación popular pues afecta las mayorías y minorías de las Cámaras.

Con todo, la contribución más clara del fuero al funcionamiento correcto de las instituciones democráticas y el estado de derecho es que opera como una garantía de sobrevivencia para las minorías políticas parlamentarias y su libertad de crítica y expresión.

Pero a los efectos técnicos el TC se ve obligado en las sentencias que comentamos a efectuar una interpretación respecto del fuero tal como está regulado en el artículo 61 de la Constitución y los delitos de acción privada –injurias y calumnias–. El género de interrogantes que se hace es el siguiente: por una parte, se interroga por la oportunidad en que debe solicitarse el desafuero, señalando que deben cumplirse las exigencias constitucionales que se refieren a que cada vez que el parlamentario sea “acusado” o “privado de libertad” debe procederse al desafuero (precisando qué debe entenderse por estas expresiones); luego, qué estándar cubre la expresión haber mérito para formarle causa; y por fin, si estas exigencias se aplican por igual en caso de delitos de acción pública y privada, concluyendo, en este último caso, que como la Constitución no distingue entre tipos de delitos el desafuero se aplica a unos y a otros.

III. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL PRECEPTO LEGAL INAPLICABLE

La reforma constitucional del año 2005 instituyó un modelo de jurisdicción constitucional particular⁴. El control constitucional de la legislación, es decir, el mecanismo creado para garantizar la supremacía constitucional y los derechos fundamentales, está estructurado en dos etapas. La primera, consiste en el recurso o la cuestión de inaplicabilidad, mediante la cual, a petición de parte o del juez que conoce del asunto, el TC revisa si la aplicación de un precepto legal a una gestión cualquiera resulta inconstitucional. Se trata de un control que la doctrina ha denominado control concreto, aunque está por verse qué es lo que esto significa, realmente. El efecto directo de una sentencia de esta clase es que el TC declara

⁴ Véase GÓMEZ (2005) pp. 651 y ss.

inaplicable el precepto para el caso o gestión. El TC no está facultado para efectuar, entonces, pronunciamientos abstractos o genéricos de inconstitucionalidad y para dictaminar sobre preceptos que no tienen que ver con la gestión. La segunda etapa se produce toda vez que una sentencia de inaplicabilidad gatilla –como el percutor al revolver– la revisión de oficio de la constitucionalidad del precepto legal declarado inaplicable, y la sentencia, de acoger la inconstitucionalidad, declarará “derogado” el precepto legal, expulsando el enunciado legal del ordenamiento jurídico, a partir de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia del TC. Para evitar que el TC “olvide” revisar la constitucionalidad de un precepto declarado inaplicable, se admite también acción pública, para que se inste por la inconstitucionalidad.

De manera que la inaplicabilidad declarada del artículo 416 inciso tercero en tres casos, dará lugar en breve a un pronunciamiento de inconstitucionalidad.

Es importante anotar que los recursos acogidos han debido sortear algunos obstáculos. Por lo pronto, el artículo 93 N° 6 faculta al TC a declarar inaplicable un precepto legal cuya “aplicación” a cualquier gestión resulte inconstitucional, es decir, lo que puede el TC declarar inaplicable es la norma legal y no el enunciado normativo. Pero además, la Constitución exige que el TC revise el cumplimiento de ciertos requisitos previos a entrar a conocer y fallar uno de estos requerimientos o acciones, para evitar la distracción de recursos y tiempo en asuntos que no tienen propósito porque no satisfacen las exigencias mínimas. La Constitución ha señalado cuatro requisitos que todo requerimiento debe satisfacer: que la gestión esté pendiente ante un tribunal ordinario o especial (se trata en realidad de dos requisitos); que la aplicación del precepto “pueda” resultar decisiva en la resolución de un asunto; que el escrito esté fundado; y por último, que se cumplan los requisitos que prevea la LOCTC⁵, cuando se dicte. En suma, la Constitución faculta al TC solo a declarar inaplicable la “aplicación” que se haga del enunciado legal a un caso o gestión radicado en un tribunal –y en algún caso, habrá sinonimia entre enunciado y norma, pero en otros no– y siempre que este precepto “pueda” ser “decisivo para la resolución” de “un” asunto. La pregunta es si el artículo 416 inciso tercero del CPP llegó a ser aplicado –interpretación aplicativa de los jueces– y si al ser

⁵ Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

una regla procesal era genuinamente el precepto que resultaba decisivo para resolver el asunto del desafuero.

La revisión previa de admisibilidad en el caso de los Roles N° 478, 529 y 533 referidos a las gestiones de desafuero de los parlamentarios ya consignados, por la eventual comisión de delitos de acción privada de injurias y calumnias graves con publicidad, tenía particular relevancia, pues el artículo 416 inciso tercero del CPP⁶ que gobernaba al procedimiento de desafuero no parece que haya alcanzado a tener aplicación en la gestión y tampoco parece ser la regla que resuelva ni el juicio criminal de fondo, que trata sobre si había o no comisión del delito de injurias y calumnias graves con publicidad, ni es la norma destinada a resolver el desafuero mismo pues este consiste en dilucidar si hay mérito suficiente para formarle causa a un parlamentario, con el fin de que se le pueda encausar. Uno de los temas centrales de estos requerimientos era, entonces, determinar si un precepto legal que fija el procedimiento a través del cual un parlamentario es desafuorado cumple con el estándar de ser una norma que “pueda” ser decisiva para la resolución “de un” asunto⁷. El punto era técnicamente importante.

IV. LA ARGUMENTACIÓN DEL TC QUE CONDUCE A ACOGER LOS RECURSOS

Ya hemos dicho que el TC acogió los requerimientos en los tres casos que hemos individualizado. Para ello, su argumentación se basa en dos etapas.

⁶ El artículo 416 inciso tercero del CPP es inconstitucional “en la forma” porque aun cuando se trata de un precepto que atribuye competencia a una tribunal de la república para conocer y resolver el desafuero por delitos de acción privada no fue a control preventivo de constitucionalidad en el TC, según lo ordena expresamente el artículo 93 N° 1 en relación al actual artículo 77 de la Carta.

⁷ Según la STC Rol N° 478/2006 el requirente sostuvo al respecto lo siguiente: “El precepto legal resulta, respecto de la solicitud de desafuero, una norma decisoria, ya que es ella tanto la que ha sido esgrimida como fundante por los solicitantes en representación de los querellantes, como por el hecho que es ella la que establece la necesidad de que, antes de acoger a tramitación una querella por delito de acción privada, se debe formular por la Corte de Apelaciones respectiva la declaración de desafuero”. Los dos argumentos ofrecidos por el requirente no son sólidos ni decisivos. El “hecho” de que el solicitante de desafuero cite en su solicitud el 416 inciso tercero no lo convierte en regla decisoria litis. Y el “hecho” de que el artículo constituya el procedimiento de desafuero no significa que es la norma que puede resultar decisiva. Por lo demás, el artículo 416 inciso tercero se limita a desarrollar lo que el artículo 61 de la Constitución ordena, de modo que es falso que sea ella la que prevé el desafuero.

La primera etapa de su razonamiento se refiere al precepto legal que debe inaplicar, entendiendo el TC que el artículo 416 inciso tercero del CPP admite solo una interpretación aplicativa. El texto del artículo señala: “Si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación su querella por el juez de garantía”.

El TC entiende que, independiente de cómo la doctrina piense,

“el desafuero se decide a través de un proceso que culmina con una sentencia con efectos permanentes, cuya legitimidad se asegura por un procedimiento racional y justo”⁸.

De manera tal, que en el procedimiento de desafuero la jurisdicción ha de resolver si hay o no lugar a la formación de causa contra el aforado, debiendo materializarse esta convicción en una sentencia, “independiente de estimársela como definitiva, interlocutoria o simple auto”, y en un proceso regulado.

De la interpretación del precepto –piensa el TC– resulta indubitado el déficit que presenta el procedimiento pues no fija una fase o etapa de prueba, y “en estricta aplicación del precepto”

“la Corte de apelaciones, a su vez, tiene como antecedente para fundar su decisión sobre el desafuero únicamente el tenor de la querella, antes de que se verifique siquiera su admisibilidad y carece de elementos probatorios, debidamente producidos, que le permitan constatar la existencia de un fundamento serio sobre el mérito o justificación para formar causa. Así, el conocimiento, previo a la resolución, es precario e incompleto”.

En suma, el TC constata que el artículo 416 inciso tercero no establecería la posibilidad de aportar pruebas en uno u otro sentido del desafuero, y la Corte debiera resolver son el solo mérito y justificación de la querella si hay o no mérito para formar causa contra el parlamentario.

La segunda etapa del razonamiento parte del presupuesto anterior. Una vez que el TC constata la omisión del legislador en regular adecuadamente el procedimiento, entonces se da lugar al segundo argumento, a saber, que el artículo 19 N° 3 inciso quinto que establece el debido proceso, si bien no detalló los elementos que este

⁸ STC Rol N° 478/2006, considerando 17.

debía contener en cada caso, sí fijó dos estándares sugerentes: el procedimiento ha de ser racional y justo.

Agrega el TC:

“que de lo relacionado se sigue que en este proceso la recepción y producción de la prueba es connatural al derecho a defensa, constituyéndose en garantía esencial de un procedimiento racional y justo. Su ausencia priva a la norma procesal impugnada, de un requisito mínimo para satisfacer el mandato constitucional”⁹.

V. EL PLENO DE LA CORTE DE APELACIONES ANTE LA SENTENCIA DEL TC

Cómo se cumplen las sentencias dictadas por el TC en la jurisdicción de fondo, las que inciden en las gestiones que los tribunales ordinarios o especiales tienen radicadas, es probablemente uno de los aspectos decisivos de la nueva jurisdicción constitucional puesta en vigencia el 2005, y era significativo en los desafueros por las implicancias públicas e institucionales que estos tienen. Conforme el nuevo diseño institucional, un Tribunal Constitucional que no integra el Poder Judicial debe pronunciarse, entre sus competencias, sobre si la aplicación de un precepto legal a una gestión es constitucional o no, e inevitablemente importa que el TC se “inmiscuye” determinando el precepto legal que ha decidir el asunto y su contravención con la Carta Fundamental.

El Pleno de la Corte de Apelaciones de Santiago que debía decidir sobre el eventual desafuero de los parlamentarios indicados, antes de tomar conocimiento de la querella y de resolver lo que en derecho debiera acerca de esta y del procedimiento a seguir –es decir, sin siquiera aplicar al caso el artículo 416 inciso tercero del CPP– recibió y tomó conocimiento del oficio proveniente del TC, en donde se le comunicaba que este había declarado “inaplicable” el precepto legal ya referido al caso, adjuntándole la sentencia. La Corte entendió que la sentencia declaraba inaplicable el enunciado legal al caso –es decir, todas las interpretaciones posibles del artículo 416– y por lo mismo resolvió archivar el caso, por mayoría. Para estos efectos sostuvo que teniendo “especialmente” presente “lo resuelto por el Tribunal Constitucional, esta Corte no emitirá pronun-

⁹ STC Rol N° 478/2006, considerando 22.

ciamiento acerca de la petición de desafuero formulada por la presentación de fojas 47 y siguientes y ordenará su archivo”¹⁰.

La mayoría no tomó en cuenta –siquiera– las posibilidades interpretativas que abría el enunciado legal del artículo 416 inciso tercero, de integrar sus lagunas orientada por los derechos fundamentales que el TC estaba claramente adjudicando. No hizo caso tampoco del explícito considerando vigésimo cuarto del fallo del TC que, aunque poco preciso, debió orientar al Pleno de la Corte para interpretar e integrar el artículo, al señalar

“que a esta magistratura le corresponde exclusivamente decidir sobre la inaplicabilidad de un precepto legal en un caso determinado, por lo que resulta improcedente, en la especie, discurrir una solución que resuelva algún posible vacío legal sobre la base de la aplicación inmediata de la Constitución, reglas comunes a todo procedimiento y principios generales del derecho que puedan operar en virtud del principio de la inexcusabilidad”¹¹.

Esta tarea de integrar el ordenamiento –piensa el TC– para subsanar el vacío que el artículo en cuestión presentaba a raíz de su inaplicación es una esfera propia de la jurisdicción del fondo, trazando el TC una línea que separa su competencia y la de la Corte. El considerando vigésimo cuarto transscrito es una clara demostración de que el artículo 416 inciso tercero presentaba una omisión o vacío, toda vez que el legislador no aseguró un procedimiento que garantizara los derechos fundamentales, a saber, la oportunidad del parlamentario de rendir prueba para rebatir las acusaciones de la querella. Pero también es una clara indicación de que el TC no fue preciso al señalar que inaplicaba una de las interpretaciones posibles de dicho enunciado y que este admitía otras que sí eran garantistas.

La minoría del Pleno entendió, a mi juicio, acertadamente que el mencionado artículo podía ser integrado e interpretado conforme otras fuentes del derecho, salvando sus evidentes imperfecciones. Ellos señalaron que en atención a que la sentencia solo impide aplicar “la norma” del artículo 416 inciso tercero¹²

¹⁰ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2257-2006, caratulado “Soto Piñero Miguel - Ferdman Niedmann Jorge solicitan desafuero del diputado Girardi Lavín Guido”.

¹¹ STC Rol N° 478/2006, Considerando vigésimo cuarto.

¹² Como se ve, es notable, pues la minoría de la Corte distingue, con claridad, entre enunciado o artículo y norma o precepto legal. De ese modo, señala que es posible integrar e interpretar el enunciado de un modo respetuoso de los derechos fundamentales, según ha señalado el TC.

"fueron partidarios de la opinión de disponer la vista de la petición por este Tribunal Pleno, y decidir la cuestión planteada por el querellante, porque el cumplimiento de dicho fallo no obsta a la resolución que se omite, puesto que la declaración de inaplicabilidad no podrá ser contradicha atendido el diferente objeto de las decisiones, y porque el criterio legal de inexcusabilidad obliga a resolver incluso ante la carencia de ley"¹³.

Conocido que fue para el TC que el Pleno de la Corte había malentendido su sentencia, procedió en los casos de Ávila y Longueira a incorporar un nuevo considerando, el que le recuerda a la Corte que, conforme la Carta Fundamental, la inaplicabilidad no puede ser sinónimo de impunidad, aunque nuevamente el considerando no es claro pues no señala con propiedad que declara inaplicable exclusivamente una interpretación del artículo 416 inciso tercero dejando a salvo otras que sí respeten los derechos fundamentales. Señaló el TC:

"que según lo prevé el artículo 61, inciso primero, de la Constitución (...) 'los diputados y senadores solo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión'. En consecuencia (...) frente a la imputación de un hecho delictivo un parlamentario goza de feroe pero no de impunidad. Interpuesta la acción criminal en su contra, el ejercicio de la misma no puede verse impedido por la inaplicación del precepto legal que regula únicamente la oportunidad de la autorización previa que otorga el Tribunal de Alzada, pues el conflicto jurídico se resuelve reconociendo la eficacia normativa de la disposición contenida en el artículo 61, inciso segundo, de la Ley Fundamental. Ella deriva de la supremacía de la Constitución y su vinculación directa con los órganos del Estado y toda persona o grupo, bases fundamentales de la institucionalidad"¹⁴.

Pero la mayoría del Pleno no pareció entenderlo como el TC lo indicaba, y tal vez para que no apareciera como discriminación entre parlamentarios, procedió en el mismo sentido en las hipótesis de Ávila y Longueira.

¹³ Sentencia, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2257-2006 voto de minoría suscrito por los Ministros: Brito, Dahm, Cisternas, Rocha, Montiglio, Chevesich, Silva y Maggi.

¹⁴ STC Rol N° 529/2006, requerimiento de Juan Pablo Longueira, y STC Rol N° 533/2006, requerimiento de Nelson Ávila; en ambos casos considerando vigésimo quinto.

VI. LOS DEFECTOS DEL RAZONAMIENTO DE LA SENTENCIA DEL TC

El TC es un órgano vital para la nueva concepción de la Constitución vigente a partir de la reforma del 2005, ya que, por primera vez en nuestra historia institucional, un tribunal ajeno al poder judicial tiene competencia para decidir si los preceptos legales son inconstitucionales, inaplicándolos o derogándolos. Los derechos fundamentales pueden –entonces– prevalecer frente a todos los poderes públicos, y en tal sentido, el TC podría transformarse –mediante una práctica constitucional vigorosa y responsable– en una autoridad que impone la constitución mayoritaria por sobre las mayorías ocasionales. Estar atento a sus decisiones, discutir los supuestos y razonamientos que hace y sus defectos, así como, agudizar el conocimiento de las consecuencias que acarrean sus decisiones para todo el sistema, son tareas importantes para fortalecer el constitucionalismo.

Estos fallos sobre el artículo 416 inciso tercero del CPP, no son, ciertamente, un buen comienzo. En los párrafos que sigue intentaré explicitar las deficiencias que observo en los razonamientos del TC y sus consecuencias.

6.1 Ausencia de precepto legal que aplicar: Primera tensión entre jurisdicciones

Estas sentencias del TC presentan vacíos criticables. Dentro de estos, se encuentra que el TC decidió que el artículo 416 inciso tercero era inconstitucional, y por ello inaplicable, aun antes que la Corte de Apelaciones tomara conocimiento de la querella deducida contra el parlamentario, y sin que esta aplicara al caso el artículo del Código Procesal Penal referido. El TC no esperó a que el órgano jurisdiccional interpretara aplicativamente el artículo. Técnicamente, entonces, a pesar de que aún no hay precepto legal aplicado a la gestión, el TC sentenció que este transgredía la Constitución, partiendo del supuesto de cuál era la interpretación que “ineludiblemente” admitía el enunciado.

Al decidir así, el TC se pronunció en “abstracto” sobre la constitucionalidad del artículo 416 inciso tercero del CPP, es decir, de norma a norma; confrontando, por un lado, la interpretación del artículo o enunciado legal que efectúa con, por el otro, las normas de los

artículos 19 N° 3 inciso quinto y 61 de la Constitución. La gestión no juega ningún papel en el razonamiento del TC. Esta forma de proceder parece perfecta cuando el enunciado legal “no tiene salida”, ya que todas las interpretaciones posibles del mismo son inconstitucionales, pero no es correcta cuando, como en el caso, no se daba la hipótesis de sinonimia, como el propio TC señala en los considerandos vigésimo cuarto y quinto, ya transcritos.

El punto –si hay o no precepto legal y cuál es– es muy relevante porque la sentencia no constata que el contenido del artículo 416 inciso tercero sea inconstitucional por lo que ordena, sino por lo que omite. Lo que el TC constata es que el artículo impugnado es imperfecto pues presenta un vacío que lesiona el derecho del parlamentario al fuero, toda vez que el procedimiento que regula no es completo al no prever la posibilidad de que el parlamentario aporte pruebas para contradecir lo afirmado en la querella. La Corte resolviera –se cree– el desafuero solo con el mérito de la querella. Pero –al mismo tiempo– nunca llegamos a saber cómo aplicaría la Corte de Apelaciones –interpretación aplicada– el artículo en cuestión y cómo ordenaría tramitar la querella. La Corte pudo integrar –si le hubiesen dado tiempo– el vacío legal haciendo aplicación de los derechos fundamentales, ordenando, por ejemplo, un período procesal para que las partes aportasen antecedentes antes de decidir sobre el desafuero, y en tal caso, no había precepto legal inconstitucional. Integrar interpretativamente el ordenamiento es algo que a diario hacen los jueces y ministros, más aún cuando el artículo 416 del CPP permite efectuar una integración armónica de sus disposiciones.

No hay que olvidar que si bien el TC tiene el monopolio de la inaplicación y de la inconstitucionalidad y por lo mismo, de la interpretación de la Carta en esas hipótesis, no posee idéntico monopolio acerca de lo que las leyes prescriben; espacio o zona donde coexisten la facultad del TC de efectuar dicha declaración respecto de los preceptos que “resuelven el asunto” y la de la jurisdicción que debe conocer, resolver y ejecutar lo juzgado, “los tribunales que establece la ley”.

En efecto, la Constitución atribuye al TC competencia únicamente para declarar inaplicable un “precepto legal” cuya “aplicación” para cualquier gestión judicial pueda “resultar” inconstitucional. Pero la Carta no concibe un pronunciamiento de constitucionalidad de esta clase respecto de cualquier precepto legal, no admite pro-

nunciamientos abstractos; es más, en el inciso undécimo del artículo 93 exige que el precepto legal inaplicado sea el que resulta decisivo para la resolución de un asunto. Un “precepto legal” no es, entonces, el artículo o el enunciado del que surge el precepto legal, sino la aplicación normativa que se hace –la interpretación– para un caso o situación. El TC no tiene competencia exclusiva para interpretar los enunciados legales y determinar su aplicación a casos, esta es una función típica de la jurisdicción a la que alude el artículo 76 de la Constitución. La jurisdicción común consiste en conocer y resolver conflictos o controversias entre partes, mediante un proceso legalmente trámitedo, y una sentencia fundada en derecho. En este contexto, los jueces de fondo son los llamados a establecer “las leyes, o en su defecto los principios de equidad” (en palabras del Código de Procedimiento Civil) con arreglo a las cuales se resuelve la controversia. El TC solo tiene competencia para inaplicar el (los) precepto(s) que sirve(n) al juez para decidir un asunto. Es constitucionalmente forzosa la tensión entre ambas jurisdicciones, que se traduce en cuál es la interpretación aplicada al caso que se debe preferir: la del TC o la del juez de fondo, enfrentando, este último, por mandato de la Carta, inexcusablemente a resolver la controversia. Lo que no cabe duda, porque así lo ordena expresamente la Carta, es que el precepto legal que se debe inaplicar es el que se “aplica” a una gestión, lo que exige algún grado de desarrollo aplicativo del mismo. En el caso que nos ocupa, el TC declaró inaplicable el precepto del artículo 416 inciso tercero del CPP aun antes que este tuviera aplicación alguna, premeditando que la omisión del legislador de contemplar un período de prueba en dicho artículo lo volvía inconstitucional, pero sin esperar a que la jurisdicción ordinaria interpretara o subsanara el evidente vacío que presenta en el texto, su carácter incompleto.

6.2 Déficit de ponderación de bienes constitucionales

La sentencia que analizamos no parece advertir que en el problema de la inaplicabilidad del artículo 416 inciso tercero del CPP convergen, por una parte, los derechos del querellado, a saber, el parlamentario goza del privilegio del fuero, y que para privarlo de este el procedimiento –según el TC– debe respetar las exigencias del debido proceso, y por la otra, los derechos constitucionales de la víctima a acceder sin límites a la jurisdicción y a la inexcusabilidad de los tribunales de justicia. La sentencia, al inaplicar el procedimiento

de desafuero, ni siquiera tomó en cuenta los derechos de la víctima, dejándola sin procedimiento para desaforar al parlamentario. Es cierto que el TC no podía estar seguro acerca de que la Corte archivaría el caso, pero era una de las alternativas posibles. Los derechos constitucionales de las víctimas también merecen –y merecían– protección de parte del TC, en la gestión. Los derechos de la otra parte en el asunto de fondo o gestión también están implicados en la inaplicabilidad y deben ser tomados en cuenta al decidir.

En el caso –sobre todo– el derecho a acceder a la jurisdicción era muy fuerte y claro de parte de las víctimas. El propio TC sostuvo en un fallo posterior:

“Si el referido numeral asegura (se refiere al artículo 19 N° 3) a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, la que concreta luego en mecanismos tales como (...) resulta obvio que el derecho a acceder al órgano jurisdiccional es un *presupuesto necesario* de todos ellos (el destacado es mío). En efecto, ¿qué sentido tendría que la Constitución estableciera el derecho a defensa jurídica y judicial, incluso financiada por el Estado, si antes no hubiese supuesto que quienes tienen derecho a la defensa detentan también el derecho a acceder al órgano jurisdiccional? De igual modo, el derecho a ser juzgado por el tribunal señalado por la ley y establecido por esta con anterioridad a la perpetración del hecho, supone necesariamente un derecho anterior, como es el de ser juzgado, y para serlo se requiere necesariamente acceder, sin trabas excesivas, al órgano jurisdiccional. Por último, si la Constitución garantiza a todas las personas igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, tal igual protección comienza necesariamente por la garantía de acceder a los órganos encargados de la protección de los derechos. En consecuencia, debe necesariamente entenderse que el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política asegura a toda persona el derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales”¹⁵.

Si el derecho a acceder a la justicia es un derecho presupuesto del debido proceso, el TC debió en su sentencia cautelar este derecho en el caso del desafuero. Pero la situación fue inversa, la decisión del TC contribuyó decisivamente a que los órganos jurisdiccionales archivarán el proceso de desafuero de los tres parlamentarios, impidiendo que se concretara el derecho de toda víctima de acceder a la justicia penal en demanda de protección.

¹⁵ STC Rol N° 546/2006, requerimiento de Jacobo Kravetz, considerando 8º.

La sentencia del TC solo da cuenta de una parte del problema que componía la inaplicabilidad del artículo 416 inciso tercero, a saber, el carácter incompleto que dicho precepto padece, al no contemplar un procedimiento de desafuero que admita hacer descargos contra las afirmaciones del querellante en la querella. Pero no hay ningún considerando de la sentencia que se refiera a los derechos que la Constitución reconoce a las víctimas y que también vinculan al TC, los que se implican en la sentencia pues sin procedimiento no cabe el juzgamiento penal. No advirtió la sentencia que en la situación existe un conflicto de derechos fundamentales, si los enunciados legales se interpretan de la manera que terminaron siendo interpretados. El TC al preocuparse solo de los derechos constitucionales infringidos de los aforados y sentenciar en abstracto que el artículo 416 inciso tercero del CPP era inaplicable a la gestión incurrió en un déficit de razonamiento, que condujo a proteger solo los derechos de unos en desmedro de los derechos de los otros.

Al no reconocer el conflicto de derechos que subyace al problema, dejó a los querellantes sin procedimiento y desencadenó que la Corte de Apelaciones entendiera que debía archivar el caso. Ello causó una seria consecuencia para el querellante: se quedó sin posibilidad de acceder a la justicia (en rigor se quedó sin procedimiento) y la inexcusabilidad quedó burlada.

6.3 Déficit de argumentación en la sentencia

Hay un punto en el que la sentencia del TC no contiene desarrollo y que se vincula con los dos anteriores, a saber, si el artículo 416 inciso tercero era un precepto o norma legal que resolviera el caso. El artículo del CPP cuya inaplicabilidad se decretó tres veces es claramente una norma procesal que, fragmentariamente, señala el procedimiento para desaforar a los parlamentarios por delitos de acción privada, en el caso, injurias y calumnias graves con publicidad. Pero al ser una norma que regula el procedimiento, ¿es genuinamente un precepto que resuelve o decide el asunto? El problema en este caso tiene importancia pues el artículo 93 N° 6 atribuye al TC competencia para resolver si la aplicación de un precepto legal a una gestión resulta constitucional, pero solo –como agrega el inciso undécimo del mismo artículo– si dicho precepto legal “resuelve” el asunto. Es claro que el TC debió haber abordado en su sentencia qué entiende por una regla que decide el asunto y si esta, el artículo 416 inciso tercero, lo hacía en el caso y de qué modo.

Pero nada de esto refiere la sentencia, y por lo mismo, el fallo presenta un flanco abierto.

El tema de cuándo una regla decide el asunto, no puede ser resuelto en abstracto sino caso a caso. En el procedimiento penal de fondo, el artículo 416 inciso tercero del CPP no resuelve el juicio de fondo del asunto, el que consiste en determinar si la acción del parlamentario se subsume en el delito de injurias y calumnias –con publicidad–; como se ve, en este caso el procedimiento de desafuero tiene poca vinculación directa con este punto. En el procedimiento de desafuero, tampoco el artículo inaplicado tiene directamente que ver con la norma que decide el asunto, toda vez que en este se dilucida si hay o no mérito suficiente para formarle causa al parlamentario, lo que se traduce en establecer si existen presunciones fundadas de responsabilidad en la comisión del delito. En ambos casos el artículo 416 inciso tercero no parece resolver el asunto, de modo que el TC debió habernos entregado algún razonamiento sobre el punto.

Es útil tener en mente que para decidir sobre la inaplicabilidad –y su vinculación necesaria con la inconstitucionalidad– hay que rescatar dos aspectos normativos. El primero, que la Constitución atribuye competencia al TC para inaplicar un precepto legal “cuya aplicación” a una gestión o caso pueda resultar inconstitucional, es decir, todo el control constitucional del legislador está estrechamente vinculado a la interpretación aplicativa de los enunciados legales a casos (norma o precepto legal) y no a revisiones abstractas. Lo que supone algún grado de aplicación gradual del precepto en el caso, salvo que todas las interpretaciones aplicativas del mismo sean inconstitucionales. La segunda cuestión es que tampoco admite la Constitución que cualquier precepto aplicado al caso pueda ser inaplicado, pues el artículo 93 inciso undécimo de la Carta, que prevé los requisitos de admisibilidad de un recurso de inaplicabilidad, establece que el reclamo tiene que cumplir con “que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto”. Si no se puede admitir a tramitación un reclamo contra un precepto legal que no resuelve el asunto, con mayor razón no puede inaplicarse. El TC ha tenido un derrotero ambiguo sobre cómo entender esta exigencia constitucional de que resuelva un asunto, ya que ha tendido a darle una interpretación abierta, pero sin señalar nunca con precisión qué entiende por ella.

Es muy interesante tomar como referencia para esto de saber qué entender por precepto legal que resuelva el asunto, el problema de la inaplicabilidad del artículo 116 del Código Tributario (en adelante CT), norma que junto al artículo 416 del CPP son las únicas declaradas inaplicables hasta la fecha. En estos casos el TC se ha pronunciado, aunque no profusamente, sobre este problema. La interrogante puede formularse del siguiente modo: ¿de qué manera el artículo 116 del CT¹⁶ puede ser considerado un precepto legal que resuelve una gestión, ya sea la apelación o en el procedimiento de cobro ejecutivo de los giros? La norma señalada es también, al parecer, una norma adjetiva al juicio de fondo. El Tribunal Constitucional no lo ha entendido así. El Tribunal siempre y unánimemente ha entendido que la constitucionalidad del artículo 116 del CT es decisiva en la causa tributaria cuando está siendo conocida por el funcionario en calidad de juez delegado porque “de acogerse la declaración (...) la referida gestión perdería uno de sus fundamentos esenciales *cual es el órgano llamado a resolverla*” (STC, Rol N° 515-2006). El razonamiento del TC es comprensible porque el reclamo está, en este caso, radicado en primera instancia ante el juez tributario delegado. Exactamente lo mismo señala la sentencia del Tribunal en la STC, Rol N° 502-2006. En la STC, Rol N° 496/2006, sin embargo, el Tribunal Constitucional debió perfeccionar el criterio anterior pues se trataba de una apelación de la sentencia dictada justamente por un juez tributario delegado y el “juez” ya había sentenciado, refiriéndose el asunto a segunda instancia. El Tribunal Constitucional estimó, en el considerando 12, que el artículo 116 del CT era también decisivo para la resolución del asunto en apelación ya que

“la sentencia dictada por (...) en su calidad de jueza tributaria de la Dirección Regional (...) fue dictada, en realidad por quien no tenía la calidad de juez adoleciendo, entonces, de un vicio que vulnera tanto el inciso 1º como el inciso 2º del artículo 7º del Código Político, lo que no puede resultar indiferente al juez de fondo”.

Exactamente lo mismo sostuvo el Tribunal Constitucional en la STC, Rol N° 473-2006. En la apelación, la tesis del TC es claramente discutible pues el asunto está en una nueva “instancia”, basándose, más bien, en la nulidad de derecho público de las actuaciones de

¹⁶ Señala el artículo 116 del Código Tributario: “El Director Regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando ‘por orden del Director Regional’”.

un juez “que no es juez”. En consecuencia, dos han sido los argumentos del Tribunal Constitucional para estimar que el precepto legal contenido en el artículo 116 del CT es decisivo en la resolución de la controversia tributaria relativa a la delegación de facultades jurisdiccionales: que se perdería el órgano (cuando se tramita el reclamo por el juez delegado) y que la sentencia fue dictada por quien no tenía la calidad de juez infringiendo el artículo 7º de la Carta (cuando está en apelación). Dicho de otra manera, al parecer el TC considera que una disposición procesal u orgánica puede ser una norma o precepto legal que resuelve el asunto si afecta los presupuestos constitucionales de la jurisdicción: conocer y fallar con arreglo a derechos.

¿Incurre el artículo 416 inciso tercero del CPP en las demásías en que incurre el artículo 116 del Código Tributario? Este articulista sostiene que no, que había y hay formas de solucionar su carácter fragmentario, sin que por ello proceda la sanción más grave que el ordenamiento constitucional establece: la inconstitucionalidad.

VII. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 416 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

7.1 Presentación del problema

Tres Diputados¹⁷ impugnaron –en situaciones e investigaciones penales diferentes– el artículo 416 inciso segundo del Código Procesal Penal que señala: “Igual declaración –se refiere a que la Corte declare ha lugar a la formación de causa– se requerirá si, durante la investigación, el fiscal quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra”. Los parlamentarios impugnaron el inciso citado a raíz de que existía una investigación preliminar del Ministerio Público en contra de

¹⁷ Causa Rol N° 661/2006, requerimiento deducido por Laura Soto en causa RIT 7202-2006 de Juzgado de Garantía de Valparaíso RUC 0610014802-K, en la que se formalizaría por los delitos de fraude al Fisco y estafa; causa Rol N° 561/2006, requerimiento deducido por María Elena Herrera en causa RIT 474-2005, RUC 0500073760-9 de Juzgado de Garantía de Quilpué, también por los delitos de fraude al Fisco y estafa; y causa Rol N° 568/2006, requerimiento deducido por Rodrigo González Torres en causa RIT 6230-2006, RUC 0600049971-2 de Juzgado de Garantía de Viña del Mar.

ellos, donde se intentaba precisar la eventual comisión de delitos de acción pública. Los hechos que dieron lugar a las investigaciones penales son de interés y exposición pública, aunque este artículo no exige revivirlos.

El caso se construye jurídicamente del siguiente modo. El fiscal solicita la realización de una audiencia para formalizar la investigación en contra de los aforados –los parlamentarios– y las defensas estiman que para proceder a la formalización debe previamente desaforarse al parlamentario. El Ministerio Público piensa que en consonancia con el artículo 61 de la Carta –y el artículo 416 inciso segundo– solo se necesita ineludiblemente desaforar a un aforado cuando se va a solicitar una medida cautelar en su contra y no cuando, nada más, se cita a una audiencia de formalización de la investigación. El recurso de inaplicabilidad de los tres diputados se dirige en contra del intento del Ministerio de formalizar sin pedir previamente el desafuero y se funda en que la formalización no es “inocua” ya que mediante ella se le comunica “de la acusación genérica” acerca de la existencia de antecedentes que permiten presumir fundadamente que se ha cometido un delito y que le ha cabido a esa persona una participación criminal. Así el artículo 231 del Código Procesal Penal señala que al imputado se le cita para comunicársele “(...) la indicación del delito que se le atribuye (...).” La citación –agrega– para oír tal afirmación constituye una medida “restrictiva de derechos y garantías” pues el imputado debe fijar domicilio sin poder variarlo “lo que implica una clara limitación a su libertad de movimiento y una amenaza a su seguridad jurídica”. Agrega que formalizar una persona sin pedir medidas cautelares implica afectar la presunción de inocencia, consagrada en diversas disposiciones constitucionales. “Concretamente (...) el precepto legal impugnado restringe ipso facto la libertad personal y de movimiento del aforado”¹⁸.

La oportunidad en que el fiscal debe obtener el desafuero de una parlamentario resulta, como hemos dicho, de gran incidencia pública para la democracia constitucional. También reviste importancia para determinar las garantías que tendrá un aforado frente a la investigación penal del fiscal y las limitaciones a que esta estará sometida. Naturalmente, se refiere a los límites constitucionales de la persecución penal, pero también a la igualdad de trato y a la suje-

¹⁸ STC/2007, requerimiento de inaplicabilidad de Laura Soto.

ción al derecho penal. No cabe duda que el intento de los parlamentarios en estos casos es frenar investigaciones penales que los afectan, restringiendo la investigación penal. Lo que no está claro es si genuinamente logrando que el fiscal obtenga el desafuero antes de formalizar, se le inhibe de proseguir la investigación. El problema puede agravarse.

7.2 La decisión del Tribunal Constitucional

El TC rechazó el recurso de inaplicabilidad y lo hizo de la peor manera para el requirente: declarando que el recurso estaba mal deducido contra el precepto legal que impugnó. Y la razón que tuvo para ello puede sintetizarse fácilmente. El recurso está mal interpuesto ya que el precepto legal contra el que en realidad se intenta el recurso de inaplicabilidad no es el artículo 416 inciso segundo del CPP, sino las normas que regulan la formalización.

El requirente se ha equivocado de precepto legal contra el que recurrir. El artículo 416 inciso segundo del CPP prescribe que si el fiscal pretende que se dicte una medida cautelar o que se decrete prisión preventiva de un aforado debe obtener previamente una sentencia de la Corte de Apelaciones que declare haber mérito suficiente para la formación de causa contra el aforado. Este artículo –como se ve– es íntegramente consistente con la Constitución en esta materia, ya que la Carta obliga al fiscal a obtener la mentada declaración de mérito solo si el aforado va a ser “acusado” o “privado de su libertad”, según ordena el artículo 61 de ese cuerpo legal. Y en tal sentido, este artículo del CPP no incide en el problema que tienen los diputados, el que consiste en saber si el fiscal debe o no obtener el desafuero antes de formalizarlos y sin solicitar ninguna medida cautelar contra ellos. El TC lo dice de otra manera, pero apunta a la falencia del recurso; señala:

“(...) el mencionado precepto, lejos de producir una vulneración en los derechos, garantías o privilegios de los diputados y senadores, asegura el respeto al fuero de que gozan los parlamentarios. En efecto, ello se logra al exigir que el tribunal del alzada de la jurisdicción respectiva declare haber lugar a la formación de causa, si durante la investigación, el fiscal quisiera solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra, el precepto en cuestión no limita, sino que realiza y completa el fuero establecido en la Carta Fundamental para el nuevo proceso penal”¹⁹.

¹⁹ STC/2007, requerimiento de inaplicabilidad de Laura Soto, considerando octavo.

Hasta aquí la sentencia es clara. Ha rechazado el recurso porque está incorrectamente dirigido contra un precepto legal impertinente.

Sin embargo, de modo inexplicable el TC agregó el considerando décimo del fallo, donde se vierten afirmaciones improcedentes a un órgano jurisdiccional de esta especie. Es bueno citar el considerando para dimensionar la equivocación:

“Que, una cuestión diversa a la planteada y que no dice relación con los efectos que puede tener la aplicación del inciso segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal, es la relativa a determinar si un diputado aforado puede ser objeto de formalización de la investigación, sin que previamente se decrete su desafuero. Esa es una cuestión debatible y compleja, pero no requiere ser resuelta en esta sentencia; pues cualquiera sea la respuesta que ella tenga, no incide en la aplicabilidad del precepto impugnado” (el destacado es mío).

La declaración del considerando 10º puede ser entendida como un razonamiento extraño al fallo. Como un “comentario” que no debió incluirse pues no tiene que ver con la decisión de rechazar el recurso. Por lo pronto, el considerando está encabezado con la idea de que el problema de la constitucionalidad del artículo 416 inciso segundo del CPP “no dice relación” con determinar –por su parte– si es consistente con la Carta que el fiscal formalice a un parlamentario sin obtener previamente su desafuero. Si nada tiene que ver, ¿para qué incluir la afirmación de que el tema de la formalización es “debatible” y “compleja(o)”? ¿Alienta el TC la interposición de recursos por el tema de la formalización? No hay otra respuesta, ya que el fallo contiene además de una decisión casi unánime²⁰ por el rechazo, tres votos singulares previnientes que afirman que “la formalización de un parlamentario requiere desafuero”; toda una conclusión. La interrogante que cabe hacerse es por qué hacer una afirmación que pugna con los requisitos constitucionales del recurso y que también pugna con el criterio que sostuvo la mayoría y en el que también la prevención está de acuerdo, a saber, que el artículo 416 inciso segundo no es un precepto legal aplicable al problema de los parlamentarios en el caso y que el recurso está mal planteado.

Podría decirse que el considerando 10º de la sentencia implica que el TC está consciente que deberá abordar el problema de la formalización y el fuero, pero cuando se presenten los recursos apropiados. No hay que olvidar que el recurso o la cuestión de inaplicabilidad

²⁰ El Ministro Mario Fernández estuvo por acoger el recurso de inaplicabilidad.

dad por inconstitucionalidad faculta el TC para que declare inaplicable exclusivamente “la aplicación” que se hace de un precepto legal a un caso o gestión. Sin duda en la sentencia hay un reproche a quienes interpusieron el recurso, pues el precepto legal contra el cual se recurrió no resolvía el caso. Ello nos lleva a que el recurso debió declararse inadmisible. Pero lo que es insólito es que el TC anticipa las complejidades y el parecer inconstitucional de varios de sus miembros respecto de preceptos legales que nadie les ha solicitado inaplicar (sin indicar, además, cuáles preceptos de la formalización lo serían).

No es común que los TC se dediquen a señalar qué tan constitucionales son las normas que no están incluidas en un requerimiento y que no “inciden en la aplicabilidad del precepto legal impugnado”. Es más, la Constitución prohíbe que el TC haga pronunciamientos abstractos sobre normas que no tienen que ver con el pronunciamiento que se les solicita.

BIBLIOGRAFÍA

GÓMEZ, Gastón (2005): "La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno", en Zúñiga, Francisco (Ed.): *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis)

Sentencias del Tribunal Constitucional

Rol 478/2006 (requerimiento de Guido Girardi Lavín)

Rol 529/2006 (requerimiento de Juan Pablo Longueira Montes)

Rol 533/2006 (requerimiento de Nelson Ávila Contreras)

Rol 546/2006 (requerimiento de Jacobo Kravetz)

Rol 561/2006 (requerimiento deducido por María Elena Herrera)

Rol 568/2006 (requerimiento deducido por Rodrigo González Torres)

Rol 661/2006 (requerimiento deducido por Laura Soto)

Justicia tributaria y delegación de facultades jurisdiccionales: Análisis de la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional

■ ■ ■

PABLO GREIBER BETSALEL

Profesor Facultades de Derecho, Universidad de Chile,
U. de Santiago y U. Adolfo Ibáñez

LUIS FELIPE OCAMPO MOSCOSO

Profesor Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez

LUIS SEGUEL MALAGUEÑO

Profesor Facultad de Derecho, Universidad de Chile
Profesor Instituto de Economía, Universidad Católica de Chile

RESUMEN

Este comentario expone la historia de la judicatura tributaria chilena y sus principales características, para luego confrontarla con los principios constitucionales aplicables, permitiendo concluir cuáles son las debilidades del sistema jurisdiccional tributario chileno. Luego se analiza el contenido de los fallos recaídos en acciones de inconstitucionalidad intentadas por dos contribuyentes apenas iniciada la vigencia de las normas que modificaron el Texto Fundamental, entre las cuales destaca el traspaso de la competencia para el conocimiento de esas impugnaciones desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional. Se extraen, así, los fundamentos que ha tenido en consideración el referido Tribunal para construir la doctrina plasmada en las mismas y enseguida se efectúa un examen de los efectos de tales sentencias en el entorno jurídico y económico nacional, a partir de las debilidades que han quedado de manifiesto con la dictación de aquellas. Por último, el trabajo revisa las acciones ejecutadas por el Ministerio de Hacienda dirigidas a solucionar los problemas que afectan a la jurisdicción tributaria en Chile y las medidas administrativas adoptadas por el Servicio de Impuestos Internos con el objeto de adecuar su funcionamiento a la nueva realidad, concluyendo con una breve opinión crítica.

SUMARIO

I. Antecedentes. 1.1 Algunos antecedentes acerca de la jurisdicción tributaria chilena. 1.2 Principales características de la jurisdicción tributaria actual. 1.3 Debilidades del sistema. 1.4 Garantías constitucionales del contribuyente y en particular la tutela jurisdiccional. II. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 2.1 Contenido de los fallos recaídos en acciones de inconstitucionalidad dictados por el Tribunal Constitucional. 2.2 Fundamentos que ha tenido en consideración el TC. 2.3 Efectos de tales sentencias en el entorno jurídico y económico nacional. 2.4 Debilidades

que han quedado de manifiesto con la dictación de aquellas III. Actualidad. 3.1 Medidas administrativas adoptadas por la autoridad a consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario. 3.2 Opinión crítica. Bibliografía.

I. ANTECEDENTES

A partir del mes de agosto del año 2006, el Tribunal Constitucional (TC), haciendo uso de las prerrogativas que la Reforma a la Constitución Política del Estado introdujo en el año 2005 a ese Código Fundamental, ha venido acogiendo las acciones de inconstitucionalidad hechas valer por parte de contribuyentes que están tramitando reclamos en contra de liquidaciones de impuestos practicadas por el Servicio de Impuestos Internos (SII), actos a través de las cuales ese ente determinó que dichas personas y empresas le adeudan ciertas cantidades de dinero a título de tributos no enterados en sus arcas.

Los contribuyentes, usando el derecho que les otorga la ley, interpusieron reclamaciones contra tales determinaciones de impuestos para obtener que ellos sean dejados sin efecto. Esto implica el inicio de un juicio tributario que debe ser conocido y resuelto, en su etapa inicial también llamada primera instancia, por el propio SII. Si el contribuyente no logra obtener una sentencia favorable en esta primera fase, tiene el derecho de apelar, caso en el que deberá conocer y dictar una nueva sentencia en el asunto la Corte de Apelaciones que sea competente, siendo defendido el Fisco ante ese tribunal por el Consejo de Defensa del Estado, de manera que en esta parte del juicio se enfrenta la defensa del contribuyente con los abogados estatales. Indudablemente el fallo que la Corte de Apelaciones dicte favorecerá a una parte dejando insatisfecha a la otra, la cual tiene la facultad de impugnar esta sentencia de segunda instancia ante la Corte Suprema, utilizando el denominado recurso de casación, arbitrio procesal que la ley instaura de dos maneras: recurso de casación en el fondo, destinado a procurar se declare nula la sentencia de segunda instancia por haber sido dictada infringiendo determinados preceptos legales, o bien, como un recurso de casación en la forma: que persigue la invalidación del procedimiento y consecuentemente, de la sentencia dictada en el mismo, por existir vicios o errores de importancia, en la tramitación de aquel.

Esta contienda de intereses que constituye el juicio tributario, en general, presenta varias particularidades, muy trascendentales en materia de jurisdicción tributaria y, particularmente, en sede de los fallos que han motivado este comentario; esos rasgos son, en primer

término, y según hemos esbozado, está formulada en doble instancia, siendo competencia el conocimiento y resolución de la primera instancia de las reclamaciones del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos (SII) correspondiente al domicilio del contribuyente; en segundo lugar, el juez llamado a resolverla es un funcionario del mismo organismo que fiscaliza el cumplimiento tributario, y permanece en el cargo mientras cuente con la confianza de su superior jerárquico, el Director del Servicio. Como tercera característica se puede indicar que el funcionario llamado a fallar el reclamo está facultado por la ley para delegar esta función en otro funcionario de su dependencia.

Es este último rasgo el que ha dado lugar a la interposición de las acciones de inconstitucionalidad a que se ha hecho mención precedentemente, y que la Corte Suprema primero y recientemente el TC han acogido, declarando que los preceptos que autorizan la delegación de la potestad jurisdiccional con que cuenta el Director Regional del SII, son inconstitucionales, de manera que todas las actuaciones realizadas por los funcionarios delegados carecen de validez, debiendo por tanto retrotraer la tramitación de los juicios tributarios al estado que tenían al tiempo de ser impuestas las reclamaciones y volver a tramitar íntegramente esos procesos.

En los primeros fallos pronunciados en esta materia, los cuales fueron emitidos el 30 de agosto y 5 de septiembre de 2006 respectivamente, y en otros posteriores a los cuales se alude más adelante, el TC se pronuncia acogiendo las impugnaciones de inconstitucionalidad hechas valer por los contribuyentes Rafael Selume Sacaan y Compañía Sud Americana de Vapores S.A., quienes argumentaron que todo lo obrado en primera instancia ante el tribunal tributario del SII adolecía de nulidad de derecho público, ello por fundarse en la aplicación del artículo 116 del Código Tributario, disposición de acuerdo con la cual, el Director de la XIII Dirección Regional Santiago Centro, delegó las potestades jurisdiccionales que la ley le ha conferido para conocer y fallar, en calidad de tribunal de primera instancia, en un funcionario subalterno suyo que detenta la calidad de Jefe del Departamento Tribunal Tributario, suscribiendo este último la sentencia en uso del estatus delegado, esto es, asumiendo el rol de juez tributario. Tal situación, a juicio de los recurrentes se encuentra viciada pues ella se basa en la aplicación del nombrado artículo 116 y el artículo 20 del Decreto con Fuerza de ley (DFL) N° 7 de 1980, el cual contiene la Ley Orgánica del SII, preceptos que en opinión de aquellos reclamantes, son contrarios a las nor-

mas constitucionales que rigen la jurisdicción en nuestro ordenamiento jurídico, pues dicha potestad es siempre indelegable, de manera que al permitir aquellas normas la delegación de las funciones jurisdiccionales en sede tributaria, contrarían en forma expresa y directa preceptos constitucionales tales como los del artículo 6°, 7°, 19 N° 3 inciso cuarto, 38 inciso segundo, 76 y 77 de la Constitución Política de la República (CPR).

Al mismo tiempo, los recurrentes alegan que conforme al principio de temporalidad de vigencia de las leyes, los indicados preceptos del artículo 116 del Código Tributario y del artículo 20 del DFL N° 7 de 1980 se encuentran tácitamente derogados por las disposiciones de la Constitución Política. Fundan su alegación señalando que el Código Tributario comenzó a regir el 1 de enero de 1975, en tanto que el DFL N° 7, lo hizo el 15 de octubre de 1980 y el Texto Constitucional lo hizo el 11 de marzo de 1981, siendo clara la contraposición entre los preceptos inferiores y la norma fundamental y la posterior entrada en vigor de esta última, lo cual hace evidente la pérdida de vigencia de los preceptos legales. En relación con el mismo argumento manifiestan que la Constitución Política de la República, como norma de derecho, es aplicable a los tribunales, circunstancia de la cual fluye que los artículos 6° letra B, N° 7 y 116 del Código Tributario como el artículo 20 de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, en cuya virtud el Director Regional delega las facultades de conocer y fallar reclamaciones tributarias, son contrarias a aquellas, de manera que todos los actos procesales realizados por el funcionario delegado están afectos a un vicio de nulidad de derecho público.

De esta manera, el TC, con fundamentos y visión propia, ha continuado la tendencia jurisprudencial seguida por la Corte Suprema desde fines del año 2001, momento en que acoge un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del tantas veces nombrado artículo 116 del Código Tributario.

Así, en los acápite s siguientes se abordan, de manera preliminar, algunos aspectos que a nuestro juicio son útiles para contextualizar el posterior análisis del contenido de los fallos. En particular se revisan algunos antecedentes acerca de la jurisdicción tributaria nacional; luego se da una mirada a las características esenciales de la misma y se expresan sus debilidades fundamentales y los efectos que las sentencias en análisis tienen para el ámbito económico y tributario nacional; enseguida se revistan algunos principios consti-

tucionales importantes en materia impositiva y en particular el de tutela jurisdiccional. Enseguida, se realiza el análisis particular de los fallos del TC, para finalizar expresando una opinión crítica de los autores acerca del punto.

1.1 Algunos antecedentes acerca de la jurisdicción tributaria chilena

Desde que en 1975 entró en vigor el Decreto Ley (DL) N° 830, que contiene el Código Tributario (CT), conjunto normativo en cuyo Título I del Libro Tercero se regulan los tribunales y procedimientos destinados a resolver las contiendas de dicha naturaleza, no se ha realizado ninguna transformación legal sustancial en esta materia, de manera que la institucionalidad jurisdiccional tributaria se ha mantenido inalterada desde aquella época e incluso desde 1960, año en el que se dicta el Código Tributario. Sin embargo, ello no quiere decir que no se hayan producido cambios en la forma en que la administración tributaria, el SII, ha ejercido la jurisdicción que el legislador le entregó.

Efectivamente, desde 1975 en que inicia su vigencia el DL N° 830 e incluso en el texto vigente con anterioridad, la jurisdicción tributaria ha estado radicada en el Director Regional del SII. Dicho poder, hasta el inicio de la década de 1990 fue ejercido en forma directa por este funcionario, sin utilizar la facultad delegatoria que el artículo 6º letra B N° 7 y 116 del referido Código le otorgan para delegar el conocimiento y resolución de las materias litigiosas en otros funcionarios del SII.

Operativamente, durante aquel período la función jurisdiccional estaba a cargo de dos departamentos en cada Dirección Regional, entre los cuales se dividían las funciones según la materia y tipo de procedimiento que se debía aplicar. No obstante, todas las actuaciones las suscribía el correspondiente Director Regional, y a cada actuación se daba la tramitación completa que el Código Tributario establece.

Así, para el caso de reclamaciones deducidas en contra de liquidaciones de impuestos, giros de tributos, resoluciones que se pronuncian sobre peticiones administrativas o que ponen fin a determinados procedimientos de fiscalización o reclamaciones de pagos efectuados por el contribuyente, se aplicaba el Procedimiento General de Reclamaciones reglamentado a partir del artículo 123 y hasta el 148 del nombrado ordenamiento tributario.

Luego, si se trataba de una denuncia por infracción a las normas tributarias, o bien de alguna conducta sancionada con multa y pena corporal y el Director hubiere ejercido la facultad que le confiere el artículo 162 del mismo Código, es decir, optar entre dirigir criminales en contra del infractor para conseguir su castigo corporal; o instar porque se apliquen a su respecto únicamente sanciones pecuniarias, en este último caso se debe notificar la correspondiente denuncia al contribuyente y este puede deducir reclamación para ante el tribunal de primera instancia, es decir el Director Regional, en tal caso, ese reclamo debe quedar sometido al procedimiento general de aplicación de sanciones establecido en el artículo 161 del tantas veces dicho Código Tributario.

Por último, tratándose de ciertas infracciones específicamente señaladas por la ley, ellas quedan entregadas a un procedimiento especial, denominado de igual forma, Procedimiento Especial, para la Aplicación de Ciertas Multas, reglado en el artículo 165 del Código aludido.

Como se ha dicho, en la práctica esta labor resolutiva estaba radicada en dos departamentos diferentes de cada una de las direcciones regionales existentes en el país.

En primer lugar, las reclamaciones sometidas al procedimiento general del artículo 123 y siguientes del Código Tributario (en contra de liquidaciones, giros, resoluciones, etc.) en su tramitación y proposición de fallo estaban entregadas al Departamento de Resoluciones, donde cada caso estaba asignado a funcionarios que ostentaban la denominación de resolutores y que pertenecían al escalafón del personal fiscalizador, siendo su formación profesional –en su mayoría– del área contable, de manera que tanto en el procedimiento como en la sentencia, habitualmente no intervenía ningún abogado, ello no obstante tratarse de asuntos que revisten complejidades jurídicas, contables, tributarias y evidentemente procesales, pues implican la tramitación de un proceso jurisdiccional y la redacción de una sentencia definitiva. Como ya se expresó, en aquella época la participación de abogados, o a lo menos algún visado legal, estaba completamente ausente en estos procedimientos, por ello el juzgamiento de la causa quedaba en manos de funcionarios que, aun cuando detentaban títulos profesionales, son legos en temas jurídicos; ocurriendo lo mismo –salvo contadas excepciones– con el juez de primera instancia, el Director Regional, quien tampoco tenía preparación jurídica pues, siendo fiscalizador, normalmen-

te su profesión es la de contador auditor. Así las cosas, el contribuyente quedaba entregado íntegramente a su suerte, y en verdad, las posibilidades de que obtuviera resultado favorable en su reclamo eran prácticamente inexistentes¹.

Por otra parte, en lo que a materia infraccional se refiere, la tramitación de estos procedimientos estaba radicada en el Departamento Jurídico Regional, el cual obviamente estaba encabezado por un abogado y, según la envergadura e importancia de la Dirección Regional, este podía estar también integrado por otros profesionales que contaban con ese título; o bien, trabajar con el apoyo de funcionarios fiscalizadores no abogados, los ya nombrados resolutores.

En ese esquema de trabajo, el Departamento Jurídico tramitaba y fallaba las denuncias por infracciones, tanto aquellas sometidas al procedimiento general de aplicación de sanciones del artículo 161, como aquellas particulares sometidas al Procedimiento Especial para la Aplicación de Ciertas Multas entregadas a la ritualidad prevista en el artículo 165 del referido Código Tributario, siendo este último tipo de casos el que presentaba la mayor abundancia, pues en su mayoría correspondían a reclamos por denuncias cursadas por no emisión de documentos tributarios, todas las cuales debían ser íntegramente tramitadas y sumaban cientos, lo que afectaba la celeridad con que estos debían ser resueltos; a consecuencia de lo mismo, además, no era posible efectuar un razonado análisis de las circunstancias y por ello normalmente no había posibilidad que el contribuyente pudiera quedar exonerado de la aplicación de multa (50 al 500% del monto de la operación) y la pena de clausura del establecimiento en que se cometió la infracción, hasta por 20 días.

Sin embargo, a partir del año 1990, y luego de que asumiera la Dirección del SII el ingeniero civil industrial y académico Sr. Javier Etcheberry Celhay, comenzó la implementación de un profundo proceso de reestructuración y modernización de la estructura y procesos internos del SII. Esto implicó una serie de transformaciones y adecuaciones en todas las áreas de actividad de esa organización

¹ En relación con esta forma de operar, se cuenta frecuentemente como anécdota –para demostrar la inconsistencia del procedimiento y el grado de arbitrariedad a que estaban expuestos los reclamantes en esta materia– que era usual el hecho de que uno de los fundamentos que consignaban las sentencias suscritas por el Director Regional para desechar un reclamo era que el contribuyente no había probado de ninguna manera sus alegaciones. Previamente, sin embargo, se había consignado en el mismo documento, la circunstancia de que no se había recibido la causa a prueba, por no ser necesario ese trámite.

estatal, ello como parte de la planificación estratégica implementada por esa administración.

Fue así como uno de los cambios más relevantes de aquel período se dio en el ámbito del ejercicio de la función jurisdiccional, y consistió en buscar una solución a la enorme cantidad de reclamos de denuncias existentes y que se encontraban sin resolver, especialmente, aquellos sometidos al procedimiento del artículo 165. De esa manera, en el año 1992 se instaura lo que se ha denominado el Plan Simplificado de Resolución de Denuncias, que es un mecanismo administrativo que se implementó a través de una resolución administrativa, mediante la cual el Director Regional delegó en el Jefe del Departamento Jurídico Regional la potestad de resolver ciertas denuncias –aquellas tramitadas según el procedimiento especial del artículo 165–. Además, el SII dictó instrucciones en conformidad a las cuales el funcionario delegado debía resolver las denuncias.

Lo anterior dio lugar a la creación de un proceso administrativo expedito de solución de esos asuntos, que se fundó en dos pilares fundamentales:

- a) El reconocimiento de la infracción por parte del contribuyente; y
- b) El otorgamiento de un importante monto de condonación de las multas y clausuras, por el funcionario delegado.

Ambos incentivos movieron a los contribuyentes a acogerse al sistema, pues con ello se solucionaban rápidamente su problema y a un menor costo, pues de persistir en el reclamo, las sanciones serían más elevadas.

El resultado de esta modificación fue muy notorio pues permitió descongestionar, en forma relativamente rápida, la acumulación de causas pendientes. Dicho sistema opera hasta el día de hoy en todo el país, aunque naturalmente ha sufrido varias modificaciones.

Ahora bien, la delegación de funciones para la creación del Plan Simplificado de Resolución de Denuncias fue solo el primer paso, pues los diagnósticos efectuados con ocasión del estudio e implementación del plan de modernización del SII arrojaron también la existencia de agudos problemas en materia de tramitación y fallo de las demás materias susceptibles de ser reclamadas, y que significaban un monto muy voluminoso de dinero en disputa con los contribuyentes. Esos procesos, como ya se dijo, eran tramitados en los Departamentos Regionales de Resoluciones y correspondían a los

asuntos sometidos al procedimiento general de reclamo (mayoritariamente liquidaciones, giros y resoluciones) –que como también se anotó– estaban desprovistos de un control de calidad por profesionales del área legal y, por lo mismo, generaban situaciones tan irrationales y arbitrarias como la relatada en párrafos anteriores.

Así, casi en paralelo con el denominado Plan Simplificado de Resolución de Denuncias, el SII comenzó a estudiar, para luego implementar, el traspaso de la tramitación y fallo de los reclamos que eran de cargo de los señalados Departamentos de Resoluciones, al Departamento Jurídico, de manera de otorgar el tratamiento que efectivamente merecían esos asuntos; esto es, que por tratarse de materias eminentemente jurídicas fueran profesionales con esa formación quienes interviniieran en la tramitación y fallo de esos casos.

No obstante, en vista de las situaciones detectadas en los diagnósticos realizados con ocasión del plan de modernización, la administración del SII estimó prioritario plantear un segundo objetivo: este consistió en que, además de agregar rigor jurídico a la tramitación de los procedimientos, las reclamaciones fueran resueltas en forma más independiente y apegadas a la ley, procurando poner fin al estado de cosas anterior, es decir, que era imposible para el contribuyente obtener que se acogiera su reclamo, aun cuando tuviera la razón en sus planteamientos y haber acreditado todas sus alegaciones. Al respecto el propio SII ha señalado:

“Al mismo tiempo el Servicio de Impuestos Internos impulsó un radical proceso de mejoramiento del funcionamiento de la jurisdicción tributaria a su interior. Dicho proceso se inspiró en la búsqueda de aún mayor transparencia de la gestión jurisdiccional, y de más equidad y justicia en la aplicación de la ley tributaria en los casos de conflicto entre los particulares y la administración”².

El primer eslabón de este cambio en la tramitación de las causas correspondientes a reclamos de liquidaciones y de las demás materias sometidas al procedimiento general, se inicia en la Dirección Regional Santiago Centro; allí se delegan las potestades jurisdiccionales desde el Director Regional al Jefe del Departamento Jurídico, de manera que es este funcionario quien comienza a tramitar y fallar todas las reclamaciones, en calidad de Juez Tributario, emitiendo sus resoluciones con apego a la normativa procesal y tributaria aplicable en la especie, apreciando de acuerdo con la normativa

² SII (2001) p. 4.

procesal civil las pruebas y dando razón de los fundamentos en que se basa su decisión; además, haría mención en cada sentencia a la resolución delegatoria de facultades.

Poco tiempo después, este cambio en la forma de ejercer las potestades jurisdiccionales, se extendería a todas las direcciones regionales del país; así, los abogados jefes de los Departamentos Jurídicos asumieron esa labor y se les entregó recursos materiales, personal y la autonomía funcional para que, dentro de ciertos márgenes, pudieran fallar aquellas causas, lo cual en algunos años significó que el número de reclamos acogidos en primera instancia se incrementara sustancialmente, ello comparado con la anterior realidad. A modo de ejemplo podemos indicar que según cifras del SII, en el año 1999, en materia de reclamo de liquidaciones, en el 57,4% de los casos se dio lugar en forma parcial o total a la pretensión del contribuyente³.

Ahora bien, no obstante que el cambio introducido administrativamente al interior del SII implicaba entregar, a lo menos formalmente, garantía de una más adecuada tramitación y fallo de las reclamaciones, no tardaron en interponerse acciones impugnatorias de lo actuado por los funcionarios delegados, específicamente algunos recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, los cuales, en principio fueron rechazados por la Corte Suprema. Sin embargo, ese tipo de acciones continuaron ejerciéndose no obstante su rechazo, hasta que la Corte Suprema en diciembre del año 2001, acogió un recurso de inaplicabilidad deducido en contra de un fallo suscrito por un funcionario delegado.

En los años posteriores otras acciones de igual naturaleza correrían la misma suerte, hasta producirse en 2004 la consolidación de la tendencia de la Corte Suprema y, desde ese momento, el máximo tribunal comienza a acoger sistemáticamente la mayoría de los recursos interpuestos por los contribuyentes para anular todo lo obra- do por los funcionarios delegados.

El último capítulo en la historia del artículo 116 del Código Tributario lo ha escrito el TC a partir de agosto de 2006, en donde acogió las primeras acciones de inconstitucionalidad ejercitadas bajo la vigencia de las nuevas normas constitucionales que rigen al TC, y que vistas sus actuales potestades, es muy posible que en el corto plazo signifiquen la pérdida de vigencia del artículo 6º letra B N º 7

³ SII (2001) p. 24.

y artículo 116 del Código Tributario, y del artículo 20 de la Ley Orgánica del SII.

1.2 Principales características de la jurisdicción tributaria actual⁴

La jurisdicción tributaria chilena, dada su estructura, presenta características que la hacen bastante particular, en especial en lo tocante al conocimiento de los asuntos en primera instancia. Esos peculiares rasgos son los que anotamos enseguida:

1.2.1 *Naturaleza jurídica difusa*

Decimos que tiene una naturaleza algo indefinida, pues, aun cuando formalmente no podría caber lugar a dudas que se trata de un órgano jurisdiccional, por así declararlo de manera expresa el epígrafe del Libro III del Código Tributario y, además, por encontrarse sometida la actuación de dicho tribunal a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, por expreso mandato del artículo 82 de la Constitución Política de la República y por idéntica norma contenida en el Código Orgánico de Tribunales⁵. Desde el inicio de la vigencia del Código Tributario original, se ha sostenido la concurrencia de esta naturaleza en la institucionalidad jurisdiccional tributaria⁶.

Por otro lado, la tendencia mayoritaria sustentada por la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia y expresada en varios fallos así lo ha declarado. Recientemente, sin embargo, también en materia jurisdiccional, como acontece en los fallos del TC que son objeto de comentario, se ha sustentado por algunos integrantes la tesis de que en este caso no estamos frente a un órgano jurisdiccional; igualmente existen opiniones en la doctrina, sosteniendo –con otros fundamentos y encaminado a demostrar que en el sistema tributario chileno no existe respeto por la garantía de acceso a la justicia en materia de reclamaciones de impuestos– que en el estado actual de cosas, el Director Regional del SII no ejerce funciones jurisdiccionales en forma imparcial e independiente⁷.

⁴ SII (2001) pp. 7-8.

⁵ Véase el artículo 540 del Código Orgánico de Tribunales.

⁶ Al respecto, se puede consultar la Circular N° 107 de 24 de noviembre de 1960, de la Dirección General del SII, citada por Neumann (1968).

⁷ Palomo (2003).

En efecto, en sede de pronunciamientos jurisdiccionales lo anterior ha acontecido especialmente en el voto minoritario del Ministro señor CORREA SUTIL sustentado en las sentencias citadas, quien es del parecer que cuando el Director Regional del SII conoce un procedimiento y falla una reclamación, no está ejercitando potestades de carácter jurisdiccional, pues la reclamación es –en su opinión– una manifestación del recurso jerárquico que es propio de la actividad administrativa. Ello por cuanto –afirma– en esos procedimientos no existen partes, solo comparece el contribuyente; tampoco hay un tribunal, pues el llamado a resolver es un funcionario del propio Servicio, quien representa los intereses del mismo y tiene obligación legal de cautelarlos. Más aún, en concepto del disidente, el funcionario llamado a resolver ni siquiera está obligado a emitir una sentencia definitiva fundada en derecho, pues la circunstancia de no resolver hace aplicable el silencio administrativo previsto en el artículo 135 inciso segundo del tantas veces nombrado Código Tributario, precepto que entrega la facultad al contribuyente para solicitar que su petición se tenga por rechazada y pueda conocer del asunto, por la vía del recurso de apelación, el correspondiente tribunal superior de justicia.

Como es sencillo apreciar, las argumentaciones a favor de una u otra posición son plausibles, de manera que se puede concluir que, en el estado actual de cosas, la naturaleza jurídica de la función entregada al Director Regional del SII para resolver reclamaciones no puede ser fácilmente decidida –a lo menos desde el punto de vista académico, cuyo es el enfoque de este trabajo–, lo cual es reflejo de la lejanía que existe entre nuestro sistema tributario y el deseo del constituyente de resguardar adecuadamente los derechos de los contribuyentes.

1.2.2 Entregado a conocimiento y resolución de órgano que tiene interés directo en el resultado

Como se ha expresado y se profundiza más adelante, el conocimiento y resolución de estas materias quedan entregados a un funcionario del SII sometido a un régimen que no entrega garantía de imparcialidad y objetividad, pues sus términos son los siguientes:

- a) El funcionario investido de la potestad jurisdiccional tiene el carácter de ser de confianza de quien lo nombra, es decir, permanece en el cargo en tanto cuenta con confianza del superior jerárquico;

-
- b) Está obligado a actuar y resolver los asuntos de acuerdo con las instrucciones que le entregue su superior jerárquico, comprometiéndole su responsabilidad si no acata esas pautas oficiales;
 - c) Por último, tiene interés pecuniario directo en que el asunto se resuelva positivamente para el Estado, pues una parte no menor de su retribución económica está asociada a la recaudación tributaria, de manera que dejar sin efecto un cobro de impuestos significa reducir los ingresos fiscales y por ende una menor recaudación, lo que finalmente puede aparejar para él una remuneración inferior⁸.

1.2.3 Constituido en doble instancia y con posibilidad de revisión de la legalidad de lo resuelto por parte de la Corte Suprema

Según ya hemos expresado, el procedimiento general de reclamo está formulado en base a dos instancias, la primera, ante el SII y la

⁸ El sistema de remuneraciones del personal del Servicio de Impuestos Internos está regulado por el concurso de las siguientes normas: DFL N° 7 de 1980, Ley Orgánica del SII (artículo 33); Ley N° 19.041; Ley N° 19.738; Ley N° 19.646 (artículo 2º); DL N° 3551 de 1980; Ley N° 18.717 (artículo 4º); Ley N° 19.553 (artículo 7º). Para efectos de incorporar solo una muestra de la forma en que se materializa el compromiso del interés pecuniario que afecta al juez tributario, reproducimos en sus partes pertinentes, el artículo 2º de la citada Ley N° 19.646:

“Establécese una asignación especial de estímulo por desempeño en el cumplimiento de metas de reducción de la evasión tributaria para el personal de planta y a contrata del Servicio de Impuestos Internos. Su monto total será variable de acuerdo al grado y escalafón al que pertenezca o se encuentre asimilado el funcionario. Dicha asignación se calculará sobre la cantidad que resulte de la suma del sueldo base asignado al grado respectivo, más la asignación de fiscalización establecida en el artículo 6º del decreto ley N° 3551, de 1980, que le corresponda, y la asignación señalada en el artículo 4º de la ley N° 18.717.

“La asignación especial de estímulo contendrá los siguientes componentes:

- a) Una parte fija o base.
- b) Una parte variable por cumplimiento de la meta institucional de disminución de evasión.
- c) El incremento por desempeño individual a que se refiere el artículo 7º de la ley N° 19.553.

“Los porcentajes de la asignación especial de estímulo para los componentes fijo y variable señalados en las letras a) y b) precedentes, serán los determinados en el artículo 4º de esta ley”.

“La parte variable se calculará de acuerdo al porcentaje de cumplimiento del programa de reducción de la evasión, determinado por el Ministerio de Hacienda a través de un decreto expedido bajo la fórmula “Por Orden del Presidente de la República”, que deberá emitirse anualmente antes del 30 de marzo y tendrá vigencia a contar del 1 de enero del mismo año. Para los fines de establecer el porcentaje de cumplimiento, el Ministerio de Hacienda deberá atenerse al procedimiento de cálculo establecido esta ley. Si por cualquier causa no se expidiere el decreto, se entenderá prorrogado para el periodo anual siguiente el porcentaje de cumplimiento vigente en el año inmediatamente anterior a aquel en que debió hacerse la determinación”.

segunda, por vía de apelación ante la respectiva Corte de Apelaciones. Contra el pronunciamiento de alzada, tanto el contribuyente como el Fisco tienen la posibilidad de impugnar lo resuelto mediante la interposición del correspondiente recurso de casación, cuya finalidad será que la Corte Suprema revise en derecho, si la sentencia dictada en segunda instancia lo ha sido aplicando correctamente la ley, o por el contrario, aquella ha sido pronunciada infringiendo normas sustanciales o procesales determinadas que han influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

1.2.4 No considera como parte al SII en primera instancia

La instancia en el reclamo tributario nace, exclusivamente, cuando el contribuyente presenta su acción impugnatoria en tiempo y forma contra la actuación que pretende impugnar; no obstante, el SII no es reconocido por la ley como parte en el procedimiento en su primera fase. Solo tendrá aquel carácter en el segundo estadio procesal, cuando corresponda conocer a la respectiva Corte de Apelaciones el recurso de apelación que el contribuyente interponga en contra del pronunciamiento del Director Regional. Aquí será representado el Fisco en el caso del procedimiento general de reclamo y general de aplicación de sanciones por el Consejo de Defensa del Estado, ello por disponerlo así, expresamente, la Ley Orgánica de este último organismo⁹; solo cabrá la defensa de su interés ante la Corte de Apelaciones al SII, tratándose de sentencias dictadas en procedimientos especiales para la aplicación de ciertas multas, esto es, de aquellos regidos por el artículo 165 del Código Tributario, en donde serán los abogados del Servicio quienes comparezcan en alzada.

1.2.5 Normalmente no queda entregado a conocimiento y resolución de un funcionario letrado

En estricto rigor, el procedimiento y resolución está bajo la responsabilidad de un funcionario que no tiene calificación jurídica, pues el juez natural, el Director Regional, normalmente no tiene el título de abogado, de manera que no cuenta con la solvencia técnica necesaria para poder discernir, con mayor rigurosidad las alegacio-

⁹ DFL N° 1, de 28 de julio de 1993, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de agosto de 1993

nes y planteamientos efectuados por un contribuyente, en particular cuando estos se basan en cuestiones eminentemente legales. No obstante, cabe aclarar que durante la vigencia de las resoluciones de delegación de facultades, esta debilidad se atenuaba completamente, pues quien conocía y resolvía era precisamente un funcionario abogado del SII; hoy en día, en los hechos ello sigue aconteciendo esto último, es decir, el funcionario que antes ejercía como delegado, materialmente desarrolla el conocimiento y propone la forma de resolución de los asuntos al Director Regional. No obstante, la característica en comento es propia de nuestro sistema siendo perfectamente posible que el juez natural prescinda del consejo técnico y decida resolver de manera diferente a lo que se le propone; más aún, este rasgo se reflejó durante muchos años, conforme ya se describió al referirnos a los aspectos históricos del tema.

1.2.6 No considera desincentivo alguno para que la administración tributaria se abstenga de efectuar actuaciones erróneas o arbitrarias

Con esta característica queremos significar que en la forma en que está concebido el sistema de reclamaciones, para el SII no tiene costo notificar una actuación que implicará impugnación por parte del contribuyente, ello por cuanto el ente fiscalizador no puede resultar condenado a pagar las costas del procedimiento en ningún momento, de manera que, contando con una planta de funcionarios permanentes y siendo la defensa de los pleitos de cargo del Consejo de Defensa del Estado en segunda instancia, para el SII es indiferente litigar, pues no representa un mayor costo para él, más aún si ni siquiera lo amenaza el riesgo de ser condenado a pagar los gastos del pleito.

Como es obvio, no ocurre lo mismo con el contribuyente, pues este, desde todo punto de vista resulta patrimonialmente perjudicado. En efecto, y así queda demostrado, considerando las situaciones siguientes: Primero, si a un contribuyente el SII le notifica un cobro de impuestos que estima no adeudar, y aquel no se defiende dentro del plazo legal, perderá la posibilidad de impugnarlo y no le quedará más remedio que pagar, voluntariamente, o en forma compulsiva, pues el Estado dispone también de un organismo de cobro, dotado de amplias facultades legales y compulsivas como es Tesorería General de la República. Segundo, si opta por defenderse deberá sufragar también honorarios de asesores y otros gastos inherentes a una

contienda, de manera que aun cuando se trate de un acto erróneo, injustificado o incluso arbitrario emanado de la administración, el contribuyente resultará perjudicado y el Estado no sufrirá perjuicio alguno.

1.3 Debilidades del sistema

Como se ha expuesto, estas particulares características involucraron serios defectos en el debido proceso de defensa de los contribuyentes, además de infracciones a la garantía constitucional del debido proceso. Entre los principales defectos del sistema judicial tributario actual, nos parecen especialmente relevantes los siguientes:

- (a) El Servicio de Impuestos Internos actúa como Juez en primera instancia¹⁰, resolviendo acerca de sus propias actuaciones, es decir, no se puede garantizar su imparcialidad¹¹;
- (b) Las amplias –e inimpugnables por superior jerárquico– facultades del Director Regional en cuanto a la tramitación del procedimiento; y,
- (c) Existencia de una segunda instancia que no es especializada.

El SII actúa como juez de primera instancia resolviendo las reclamaciones interpuestas por contribuyentes contra liquidaciones de impuestos, giros de impuestos, resoluciones denegatorias de solicitudes de devolución de impuestos o sumas pagadas por tales

¹⁰ En opinión del voto minoritario en algunos fallos de nuestra Corte Suprema, y según la postura del Consejo de Defensa del Estado en la defensa de estos procedimientos, este procedimiento no sería una instancia judicial (y por tanto, *primera instancia*) sino tan solo una *etapa previa administrativa* como el reclamo de ilegalidad municipal o la impugnación de ciertas sanciones impartidas por el Director del Trabajo o Directores de Salud, la Superintendencia de Valores y Seguros, entre otros (voto minoritario fallo Corte Suprema de 27 de julio de 2004, ingreso 2536-2003).

El voto de minoría del TC va más lejos aun, al fundamentar que las actuaciones del Tribunal Tributario serían actuaciones meramente administrativas. En nuestra opinión, sí se trata de un ente juzgador de *primera instancia*, al estar revestido de la calidad de “Tribunal” por el Código Tributario (que establece que debe conocer en única o primera instancia, en el artículo 120) por las formalidades de su procedimiento y sus recursos, la tutela que ejerce la Corte de Apelaciones respecto de su sentencia definitiva, y por aplicación de los nombrados artículos 82 de la CPR y 540 del Código Orgánico de Tribunales

¹¹ Además de otras carencias, tales como la ausencia de inamovilidad en el cargo, que creemos esencial para mantener dicha imparcialidad; la inexistencia de exigencia de la calidad de letRADOS a los Directores Regionales para actuar como jueces tributarios; el hecho de que sus remuneraciones dependan en parte importante de la recaudación tributaria, hacen que se comprometa el interés patrimonial del juzgador. Al respecto ver PALOMO (2003).

conceptos, pagados doblemente o en exceso¹², resoluciones que incidan en los elementos que sirvan de base para la determinación de un impuesto, resoluciones por las que se tasa el precio de una operación determinada por ser inferior al valor de mercado conforme al artículo 64 del Código Tributario, o en contra de actas de denuncia de infracción de normas tributarias castigadas con sanciones pecuniarias o de clausura.

Sin embargo, todas estas actuaciones deben ser emitidas por el mismo Director Regional¹³, asesorado por equipos de fiscalizadores y abogados que se encuentran bajo su subordinación. De este modo, se provoca la paradoja jurídica que quien debe resolver acerca de la correcta interpretación de una norma tributaria es la misma autoridad que la efectuó. No obstante que lo lógico sería la ratificación de *todas* las actuaciones reclamadas, existe cierto porcentaje que son dejadas sin efecto por los Directores Regionales¹⁴.

En segundo lugar, el Director Regional puede actuar en forma que no será revisada sino hasta que haya pronunciado su sentencia definitiva de primera instancia. Sus resoluciones judiciales no son susceptibles de recurso alguno, excepto el de reposición, ante él mismo; sin importar la relevancia de dichas actuaciones: por ejemplo, la resolución que recibe la causa a prueba puede excluir la probanza de ciertos hechos o incluso puede ser omitida. La razón la encontramos en la redacción de la norma del artículo 132 del Código Tributario¹⁵, que establece como facultad la recepción de la causa a prueba, aun existiendo hechos sustanciales, pertinentes y controver-

¹² A vía ejemplar, las resoluciones que deniegan la devolución de Pagos Provisionales Mensuales (PPM) pagados en exceso el año anterior a la declaración de impuestos, o que deniegan la devolución de impuestos de utilidades de años anteriores absorbidos con pérdidas del ejercicio, o que deniegan la devolución de impuestos pagados en exceso o por error por el contribuyente.

¹³ Con excepción de aquellas liquidaciones cuyos impuestos y reajustes a la fecha de notificación sean inferiores a 400 UTA, que pueden ser emitidas y firmadas por funcionarios delegados y subordinados al Director Regional. Esto, de acuerdo a instrucciones de la Dirección Nacional del SII contenidas en Resolución N° 3311 de 16 de julio de 1996.

¹⁴ Véase nota 2.

¹⁵ El texto del inciso primero del artículo 132 citado es el siguiente: "El Director Regional, de oficio o a petición de parte, podrá recibir la causa a prueba, si estima que hay o puede haber controversia sobre algún hecho sustancial y pertinente, señalando los puntos sobre los cuales ella deberá recaer y determinar la forma y plazo en que la testimonial debe rendirse" (el énfasis es nuestro). En casos determinados, la sentencia ha rechazado determinados reclamos fundada en la falta de prueba de ciertos hechos, luego de considerar que no existían hechos controvertidos, pese a las insistencias del contribuyente en abrir un término probatorio.

tidos, en acáptites anteriores ya hemos señalado, anecdóticamente, la forma en que esto se ha manifestado en la práctica y las arbitrariedades que ello ha generado.

Por último, pese a estas notorias falencias en la primera instancia del sistema tributario judicial chileno, el control o revisión que debe dar la Corte de Apelaciones no se efectúa conociendo las causas a través de relatores o salas especializados, ni luego de un informe del Fiscal o de peritos ni mediante otros mecanismos que permitan al tribunal tener la necesaria inmediación que se requiere para formar una convicción clara en los sentenciadores y así resolver adecuadamente y con cabal conocimiento y comprensión, tanto de los hechos económicos que se juzgan como de sus efectos, y con una completa valoración de las probanzas allegadas por los justiciables en los asuntos. A mayor abundamiento es preciso señalar que, considerando que en segunda instancia actúa el CDE como parte en representación del SII, no es de extrañar que la mayoría de las sentencias sean confirmadas escuetamente, sin expresión de otros fundamentos que los tenidos en consideración en primera instancia¹⁶.

Sin embargo, ninguna de las características brevemente desarrolladas fue suficiente para que nuestros tribunales superiores declararan inconstitucional alguna de las normas del procedimiento tributario, sino que en la actualidad solo ha tomado relevancia la delegación de su potestad jurisdiccional que efectuaba el juez designado en la ley –el Director Regional– en un abogado de su dependencia, pasando este último a ser investido de *jurisdicción* al tomar el cargo de *Juez Tributario* mediante una resolución delegatoria, lo que ocurrió hasta el año 2006.

Esta delegación se efectuaba con fundamento en el artículo 116 del Código Tributario, que por su relevancia en el análisis que se hará a continuación, nos permitimos transcribir: “El Director Regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando *por orden del Director Regional*” (el énfasis es nuestro).

Como hemos expresado al comienzo, es precisamente esta norma la que fue impugnada por algunos contribuyentes, solicitando, prime-

¹⁶ Ello, sin olvidar que, en la Corte de Apelaciones de Santiago, las causas civiles y tributarias tienen un retraso de aproximadamente 4 años en ser resueltas por la respectiva Sala, desde su ingreso.

ro, su inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema y, más recientemente, su declaración de inconstitucionalidad en virtud de las nuevas facultades del Tribunal Constitucional¹⁷.

1.4 Garantías constitucionales del contribuyente y en particular la tutela jurisdiccional

La doctrina tributaria reconoce, entre otras limitaciones de la potestad tributaria estatal, los derechos y garantías del contribuyente, ello porque al ser dicha potestad una exteriorización de la soberanía, reconoce sus mismos límites, establecidos expresamente en nuestra Constitución Política en el artículo 5º inciso tercero, disposición que declara en forma explícita que el ejercicio de la soberanía reconoce como límite el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los cuales son anteriores y superiores al Estado; de manera que precisamente esos derechos y garantías constituyen una limitación primaria a la potestad tributaria estatal, y que en síntesis, son los siguientes:

1.4.1 Garantía de legalidad del tributo

Es denominada también principio de reserva legal, está regulada en el artículo 19 Nº 20, artículo 32 Nº 8, artículo 63 Nº 14, y artículo 65 inciso cuarto Nº 1 de la Constitución. Se trata de la garantía con que, *a priori*, cuenta el contribuyente, pues ella obliga a que todo tributo solo puede existir en la medida que haya sido instaurado mediante una norma de rango legal y dictada con estricto apego al procedimiento de generación de las normas. Por aplicación de este resguardo, está vedado a toda autoridad administrativa o de cualquier otra especie, la generación o imposición de impuestos de cualquier especie.

1.4.2 Garantía de igualdad de los tributos o de su igual repartición

Una segunda regla fundamental en términos genéricos para los ciudadanos y también aplicable en forma específica en sede tributaria es el principio de igualdad, el cual se sustenta en que todas las

¹⁷ Luego de la modificación de la Constitución Política de la República, publicada en el Diario Oficial de 22 de septiembre del año 2005.

personas son iguales ante la ley y en la aplicación de ella, de manera que repugna a ese principio la existencia de cualquier distingo infundado o arbitrario.

En nuestro sistema se interpreta que este principio de igualdad no está referido al ámbito cuantitativo, sino que él persigue otorgar certeza y seguridad respecto de una circunstancia, en apariencia simple, pero la experiencia nos ha enseñado que en la realidad es dificultoso concretar, y que consiste en que aquellos sujetos que se encuentren en situaciones análogas, recibirán un tratamiento tributario similar.

Esa visión, sin embargo, no constituye un obstáculo o limitación absoluta, pues ello importaría desconocer la diversidad existente en la sociedad, por tanto el legislador cuenta con un campo de acción suficiente que le permite establecer ciertas segmentaciones o categorías para distribuir estas cargas entre los sujetos; para ello se puede valer de criterios tales como capacidad contributiva de cada sujeto, la fuente u origen de las rentas que estos perciben, etcétera.

1.4.3 Principio de generalidad

Se sostiene que este principio implica que verificadas las condiciones o requisitos establecidos por el legislador para que un sujeto de impuestos quede en situación de enterar un tributo, este queda vinculado en dicha condición con el Fisco, de manera que, extensivamente, todos los demás sujetos que caen dentro de aquella categoría permanecen también obligados. De esta forma, no es permitido al Estado, al legislador o a autoridad alguna, crear, imponer o establecer tributos respecto de sujetos individuales o específicos.

El principio en comento, sin embargo, reconoce como excepción las exenciones previstas por las leyes, liberaciones que son consideradas por la ley atendiendo especialmente a necesidades o circunstancias de naturaleza económica, social o de otro carácter que el legislador tuvo en vista para no afectar con tributos una situación o actividad específica.

1.4.4 Garantía del respeto a la propiedad privada

Indudablemente, desde sus orígenes, los tributos han sido un factor de afectación de la propiedad privada y una importante limitación

de ella, pues recaen directamente sobre el patrimonio de los sujetos, disminuyéndolo de manera directa, efectiva e irreversible, teniendo, en sistemas sociales liberales –corriente al que se adscribe el nuestro– como única justificación ética y social la necesidad que impone la vida en comunidad de que sea el Estado, sometido a una clara y directa regulación, el que organice y desempeñe ciertas y muy determinadas actividades esenciales, para lo cual es forzoso que este deba contar con recursos que han de ser aportados por todos los integrantes del núcleo social que se encuentran en capacidad y situación de contribuir.

Sin embargo, aun cuando el Estado tiene la potestad constitucional de imponer a los particulares ciertas y determinadas obligaciones de naturaleza tributaria, es la propia reglamentación fundamental de nuestra sociedad, es decir, la Constitución Política, la que –como se ha anotado– limita el uso de ese poder de imponer, determinando los límites que lo afectan. Así, al poder impositivo estatal le está vedado crear gravámenes desproporcionados o que tengan carácter injusto; en fin, se restringe el ejercicio del poder tributario con el objetivo que este no pueda llegar a significar una privación o afectación del derecho en su esencia. Tal resguardo está formulado en la Constitución en el artículo 19 Nº 26, el cual está expresado, a nuestro juicio, como una doble garantía de inviolabilidad e impermeabilidad de los derechos fundamentales reconocidos en el mismo precepto y formulado muy particularmente –dada la experiencia histórica nacional– respecto del derecho de propiedad.

La visión particular que hemos esbozado en el párrafo que antecede se basa, primero, en la consideración de las expresiones que utiliza el constituyente para plasmar su intención. Así, por ejemplo, al iniciar el artículo 19 de la Carta fundamental se expresa que ese texto *asegura* a todas las personas, luego, el numeral 26 ya citado emplea vocablos muy reveladores de que lo que se ha pretendido es entregar la máxima protección a todas las garantías y particularmente al derecho de propiedad, pues es muy gráfica la fórmula legal al decir “*La seguridad* de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Es evidente –como se aprecia de lo anotado– que en sede de derecho de propiedad se ha entregado un doble resguardo por la Constitución

Política, pues no solo asegura sino que además entrega la seguridad de que el legislador no puede, en caso alguno, imponer tributos que lleguen a afectar dicho derecho en su esencia.

La protección expresada al derecho de propiedad, de acuerdo a la opinión doctrinaria, genera la consideración de otros dos principios derivados de aquél, tales son el de *no confiscatoriedad*, lo cual supone que ningún tributo puede tener una cuantía o entidad tal que llegue a ser expropiatorio, pues ello implica afectar el derecho de propiedad en su esencia. Además, el de *irretroactividad de las normas tributarias*, el cual tiene su base en la necesidad de que exista certeza jurídica en las relaciones entre los contribuyentes y el Estado, todo lo cual, posee, como trasfondo, una vez más, la protección al derecho propiedad.

1.4.5 Garantía de protección jurisdiccional y debido proceso

Este principio implica que el contribuyente cuenta con mecanismos de protección para resguardarse de eventuales actos que puedan afectar las garantías y derechos constitucionales y que tengan su origen en acciones de la autoridad. De esta forma, la garantía se materializa en la certeza que tiene el contribuyente de que todas las diferencias o disputas que su relación impositiva con el Estado genere, podrán ser sometidas a la resolución de un tribunal apto para conocerlas y fallarlas de manera técnica, imparcial e independiente. Ello sometido a normas procesales que garanticen un juzgamiento del asunto, racional y justo. Esto último requiere la existencia de un tratamiento igualitario para los sujetos en conflicto por parte del ente juzgador; la posibilidad de que se ejercite de manera efectiva el derecho a defensa; la garantía de que las partes en el proceso conocerán y tendrán la oportunidad real de contradecir y defenderse de todas y cada una de las acciones y/o excepciones que a su respecto se ejerciten y a refutar las pruebas que se presenten, si así lo estiman en necesario.

En pocas palabras, se requiere cabal respeto y cumplimiento por el principio de bilateralidad de la audiencia, por la expedita y libre producción de la prueba y su ecuánime valoración o ponderación; la total, explícita y técnica fundamentación de la sentencia definitiva que se dicte y la posibilidad incondicional del ejercicio de medios de impugnación de dichas sentencias para ante un tribunal superior también letrado, técnico e imparcial.

Es precisamente respecto de estas garantías en donde incide el mayor efecto de los fallos sobre los cuales recae este trabajo, pues, desde hace ya mucho tiempo se vienen alzando en todos los ámbitos, las voces que sostienen que en nuestro sistema tributario no existe respeto por esta garantía, pues la actual estructura jurisdiccional existente en materia tributaria no es respetuosa de tales derechos, toda vez que –como es bien sabido y así ya se ha anotado– el juez natural llamado a resolver en primera instancia las cuestiones relativas a impuestos, es decir, el Director del Servicio de Impuestos Internos, no es ni puede ser un juez imparcial, atendido que:

- a) Se trata de un funcionario integrante de la misma administración tributaria encargada de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones impositivas;
- b) Cuya permanencia en el cargo está supeditada a contar con la confianza de su superior, el Director del SII, de manera que carece completamente de inamovilidad que es inherente a todo juez y que la propia CPR les garantiza;
- c) Más aún, por disponerlo la regulación orgánica del SII, estos pretendidos jueces no son libres para interpretar y aplicar la ley al caso particular y resolver conforme al mérito de cada proceso, pues están estatutariamente obligados a aplicar las interpretaciones de las normas tributarias y las instrucciones que el nombrado Director les dicte, so pena de caer, por un lado, en incumplimiento de sus obligaciones funcionarias –lo que compromete su responsabilidad en cuanto funcionario público– y la consecuente posible pérdida de confianza de parte de su superior, cuestión que también puede aparejar su cesación en el cargo.
- d) Por otra parte, el propio sistema de retribución económica a que están vinculados estos jueces de primera instancia constituye también elemento que los priva de la necesaria imparcialidad, ello porque buena parte de sus remuneraciones se encuentran asociadas a la recaudación de impuestos, de manera que existe en ellos un condicionamiento, a lo menos inconsciente, de que un menor ingreso de impuestos en las arcas fiscales implicará una probable menor remuneración, siendo esa situación una muestra palmaria de que se encuentra directamente comprometido su interés personal.

No obstante, el problema no acaba ahí, pues, según ya anticipamos al referirnos a las debilidades del sistema, aun cuando el segundo

grado del procedimiento se desarrolla por la vía del recurso de apelación, ante un tribunal ordinario de justicia como es la Corte de Apelaciones correspondiente, no es un misterio que en esta fase los inconvenientes se presentan en el ámbito técnico, lo cual deriva de la alta complejidad que la materia impositiva siempre reviste, al integrar diversas especialidades muy ajenas al quehacer jurídico, como la economía y especialmente la contabilidad, las finanzas y el comercio, combinación que obliga a tener una alta preparación técnica y una experiencia práctica también de gran envergadura en todos quienes participan en estos debates y, muy especialmente, en aquellos llamados a resolver. En nuestra opinión, los tribunales superiores de justicia no han desarrollado suficiente *experticia* en esta área, lo cual es congruente con el hecho que la especialización tributaria ha despertado interés en el mundo jurídico solo a partir de la última década, siendo innegable, además, el hecho que por la ya expresada dificultad que presenta, no aparece como predilecta para los abogados.

Como se aprecia no pueden caber dudas que, en la estructura actual, los funcionarios llamados a dar cumplimiento a la garantía de tutela jurisdiccional en primera instancia no se encuentran apoyados por una institucionalidad legal que provea los elementos y características necesarios para que nuestro sistema tributario provea de un órgano jurisdiccional imparcial y técnico y a un proceso racional y justo, ello de acuerdo con el artículo 5º de la CPR.

II. JURISPRUDENCIA DEL TC

2.1 Contenido de los fallos recaídos en acciones de inconstitucionalidad dictados por el Tribunal Constitucional

Durante el año 2006, el Tribunal Constitucional pronunció múltiples sentencias acerca de la constitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario¹⁸.

¹⁸ Nos referimos a las sentencias que recayeron en la causa Rol N° 472-2006 de fecha 30 de agosto, Rol N° 499-2006 de 5 de septiembre, Rol N° 502-2006 de 14 de noviembre de 2006, Rol N° 515-2006 de 13 de octubre, y Rol N° 555-2006 de 19 de diciembre, todos del año 2006. No nos referiremos a la sentencia recaída en la causa Rol N° 500-2006, aun cuando tiene circunstancias y argumentaciones similares a las demás, ya que el requerimiento fue declarado inadmisible porque durante su tramitación se dictó sentencia de término en la gestión pendiente que intentaba

En las causas que tales sentencias resolvieron, diversos contribuyentes requirieron al Tribunal Constitucional la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dicha norma. A continuación, un resumen de los principales argumentos expuestos por los contribuyentes¹⁹:

- a) La potestad jurisdiccional del Director Regional no es delegable. Ello, porque según dispone la CPR, solo los tribunales establecidos por ley pueden ejercer la actividad jurisdiccional (según la interpretación que se efectúa de los artículos 6°, 7°, 76 y 77 de la CPR). Este argumento supone, previamente, reconocer que:
- b) El Director Regional y el funcionario delegado son *tribunales* que ejercen jurisdicción. Esto, considerando que el Director Regional y el funcionario denominado Juez Tributario conocen conflictos de relevancia jurídica dictando *sentencias definitivas*.
- c) El órgano que ejerce jurisdicción debe ser creado por ley, tal como lo ordena el artículo 76 de la CPR cuando dispone que la facultad de conocer causas corresponde exclusivamente a los tribunales que la ley establezca.
- d) Existe incompatibilidad con las normas del debido proceso, toda vez que el artículo 19 Nº 3 de la CPR garantiza que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, y que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. En efecto, según se explica en las sentencias, el requirente argumenta que la aplicación del artículo 116 significa la *negación de un procedimiento racional y justo*, y no da garantías de imparcialidad e independencia.
- e) La aplicación de la norma viola la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos (“Pacto de San José”), la que contempla derechos que deben ser reconocidos según ordena el artículo 5° de la CPR. Uno de los derechos es aquel que establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías por un juez competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.

aplicarse la declaración de inconstitucionalidad (el texto completo de los fallos puede ser obtenido en el sitio web del Tribunal Constitucional).

¹⁹ Se ha tomado como base de este resumen la parte expositiva de la sentencia recaída en la causa Rol N° 555-2006, puesto que el resumen efectuado por el TC nos ha parecido más completo y aglutinador de los argumentos desarrollados en las demás causas por este tema falladas el 2006.

La defensa fiscal (expuesta, en algunos casos por el SII y en otros por el CDE, según lo indican las propias sentencias) ha consistido en:

- a) El artículo 116 del CT no tiene relación alguna con la materia que se discute en las reclamaciones de fondo (aquellas que han sido tramitadas y resueltas por el *Juez Tributario*) y, por tanto, entendemos, no se cumpliría el requisito de tratarse de un precepto aplicable en la materia debatida. Más bien, continúa, se trataría de una forma de “eliminar el Tribunal” en vez de pretender que ciertos preceptos no se apliquen a un caso particular.
- b) Los Tribunales Tributarios se encuentran creados por ley (artículo 115 CT) y no por actos administrativos, y que es la misma ley la que autoriza a otros funcionarios del SII para fallar reclamaciones y denuncias. De este modo, la delegación que efectúa el Director Regional estaría amparada en el artículo 7º de la CPR, ya que se estaría actuando previa investidura regular, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley. De este modo, el *Juez Tributario* solo ejercería su propia facultad jurisdiccional, constituyendo un tribunal creado por anterioridad por ley, y en ningún caso una comisión especial.
- c) Ante el caso que se considerara que los directores regionales no ejercen una función propiamente jurisdiccional (por entenderse que no poseen independencia, imparcialidad e inamovilidad), sino administrativa, la delegación sería de esta misma naturaleza.

El debate exige, por tanto, un conocimiento de derecho procesal, derecho constitucional y administrativo, además de derecho tributario. En nuestra opinión, el Tribunal Constitucional resuelve de manera sólida la controversia: se podrá estar o no de acuerdo con su decisión final, pero no se puede discutir el rigor jurídico con que ha fallado. Es más, en la jurisprudencia del tema, creemos, queda plasmada la doctrina mayoritaria nacional, con claridad y certeza.

A continuación analizaremos la doctrina que se extrae de las sentencias del TC, para luego entregar una opinión crítica.

2.2 Fundamentos que ha tenido en consideración el TC

El razonamiento del Tribunal Constitucional, ante los argumentos y fundamentos, comienza definiendo sus propias atribuciones y el tipo de normas que pueden ser objeto de su revisión, para luego determinar si existen preceptos que pudieran estar infringidos, en particular

las que dicen relación con la potestad jurisdiccional. Luego, analiza íntegramente los elementos útiles para determinar si la actividad que ejerce el Director Regional al resolver reclamaciones es o no una facultad jurisdiccional, apoyándose en la evolución de la norma y en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Continúa analizando la naturaleza de la delegación que efectúa el Director Regional en su subalterno, para concluir luego si dicha delegación constituye una vulneración a la CPR y en particular al principio de legalidad del tribunal.

2.2.1 Normas susceptibles de ser conocidas por un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Razona el TC acerca de la admisibilidad del requerimiento, transcribiendo el artículo 93 Nº 6 CPR que dispone que el TC puede

“resolver... la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución”.

Concluye que el artículo 116 CT se encuentra vigente, y

“cuya aplicación puede resultar decisiva en la resolución del asunto o gestión pendiente de que se trata, pues de acogerse la declaración de inaplicabilidad solicitada, la Excm. Corte Suprema (tribunal que conocía la causa al momento de fallar el TC) se encontraría frente a la solicitud de invalidación (casación) de una sentencia confirmatoria de otra expedida por quien no tenía competencia para dictarla de conformidad con las disposiciones constitucionales vigentes”.

De este modo, rechaza la primera línea de argumentación del CDE, reconociendo la relevancia de resolver acerca de la constitucionalidad de la norma impugnada.

2.2.2 Naturaleza de la función ejercida por el Director Regional al resolver reclamaciones tributarias

Las sentencias transcriben las normas que se analizan si son o no vulneradas: los artículos 6º, 7º, 19 Nº 3 incisos cuarto y quinto, 38 inciso segundo, 64 inciso segundo, 66, 76 y 77 de la Constitución, además de mencionar en un caso el artículo 8º de la Convención Americana sobre DD.HH.²⁰ (en relación con el artículo 5º CPR).

²⁰ En solo uno de los fallos se indica que el requirente ha solicitado se declare, además, la transgresión a esta norma de derecho internacional.

Prosigue el TC con una descripción histórica del origen de la facultad de resolver reclamos, destacando que originalmente esta fue otorgada al Director General del SII²¹ y que podía ser delegada en funcionarios superiores dependientes de este. También se detallan las posteriores modificaciones²² de la atribución, hasta transcribir las normas actuales: el artículo 6º letra B N° 6 del CT, artículos 115 y 116 del CT, y artículo 19 de la Ley Orgánica del SII (DFL N° 7 de 1980).

Para definir la naturaleza de la atribución concedida a los directores regionales de conocer y fallar reclamaciones tributarias, el TC recurre a:

- a) Disposiciones legales del CT que refieren a las actuaciones del Director Regional en este ámbito con denominaciones *procesalistas* o con referencias al Código de Procedimiento Civil²³.
- b) Argumentación del SII en el año 1960, al momento de otorgarse esta atribución al Director General, por la cual dicho organismo defendió la tesis de su naturaleza *jurisdiccional* ante la postura *administrativista* de la Contraloría General de la República en un dictamen del año 1957²⁴. Para ello recurre a la recopilación de argumentos efectuada por el abogado Aldo Ramaciotti Nolli²⁵²⁶.
- c) Documento “*La Justicia Tributaria en Chile*” preparado por la Subdirección de Estudios del SII en abril de 2001²⁷ que defiende la postura que el Director Regional es *juez*, en ausencia de Tribunales contencioso-administrativos que conozcan de los conflictos entre particulares y el SII.

²¹ Según el DFL N° 275 de 1953, cargo equivalente al Director del SII en la actualidad.

²² Las experimentadas a causa de la Ley N° 13.305 y el Decreto Supremo N° 3 del Ministerio de Hacienda de 1963, además del Código Tributario de 1960 (DFL N° 190 de 1960).

²³ Artículos 130, 132, 134, 135, 136, 137, 138 y 120 del Código Tributario, con denominaciones tales como “autos”, “controversia”, “fallo de primera instancia”, “dictación de fallo”, “sentencia”, además de establecerse que las Cortes de Apelación conocen en segunda instancia.

²⁴ Según indica el fallo, el Dictamen es el N° 18.539 de 1957.

²⁵ Según indican los fallos, se trata de la obra “*El Servicio de Impuestos Internos*” editado por Editorial Universitaria en Santiago, el año 1960. Las citas del fallo no se transcribirán acá por razones de espacio, y pueden ser revisados en las sentencias recaídas en las causas Rol N° 502, 515 y 555 de 2006.

²⁶ Cabe hacer presente que este apoyo doctrinario, como los tres antecedentes restantes son nuevos respecto de las sentencias anteriores (causas Rol N° 472 y 499 de 2006), en atención a que ellas contienen un voto de minoría del ministro Jorge Correa Sutil, que sustenta la naturaleza administrativa de la facultad de los Directores Regionales. En las sentencias posteriores, el voto de minoría también es suscrito por el ministro Francisco Fernández Fredes.

²⁷ Véase nota 2.

- d) Mensaje del Proyecto de Ley presentado por el Presidente de la República para modificar la jurisdicción tributaria, en el cual se indica que “*la facultad jurisdiccional de primera instancia, en materia tributaria corresponde en la actualidad a los Directores Regionales...*”.
- e) Opinión de la Corte Suprema respecto a dicho Proyecto de Ley, contenido en Oficio Nº 3.643 de 20 de diciembre de 2002.

Por estos motivos, el TC “entiende que los Directores Regionales del SII (...) ejercen funciones de carácter jurisdiccional”, entendiendo jurisdicción de la forma que define un fallo del mismo TC del año 2002²⁸.

2.2.3 Análisis acerca de la naturaleza de la delegación que efectúa el Director Regional

Luego de citar doctrina nacional y extranjera, el TC se permite

“constatar que las principales características de la delegación administrativa son: 1) es obra de un *órgano administrativo* que ejerce las funciones propias de tal; 2) se concreta a través de un acto administrativo; 3) es esencialmente temporal; 4) es revocable por parte del delegante y 5) es parcial en la medida que solo puede referirse a materias específicas, toda vez que constituye una institución de excepción dentro del derecho público”.

Continúa dejando claro que tales características no coinciden con la delegación del artículo 116 ya que esta norma carece del supuesto fundamental, es decir que el delegante sea un *órgano administrativo*. Esto, porque la conclusión del punto anterior ha sido que el Director Regional al resolver reclamaciones tributarias ejerce facultades jurisdiccionales.

A continuación, se hace cargo del argumento que expresa que se trataría solo de una “*delegación de firma*” de aquellas contempladas en el artículo 43 de la Ley de Bases de Administración del Estado (Ley Nº 18.575). Respecto a esto, el TC indica que la doctrina entiende esta “*delegación de firma*” como una *delegación* propiamente

²⁸ “Poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir”, según considerando Nº 43 de sentencia recaída en causa rol Nº 346 de 8 de abril de 2002, de acuerdo a lo expresado por la propia sentencia en análisis.

te tal, es decir *delegación administrativa* y por tanto no es de aquellas contempladas en el artículo 116 del CT.

Para concluir este punto, el TC considera que los funcionarios del SII, al conocer y fallar reclamaciones, actúan “por orden” del Director Regional, como lo indica el artículo 116 en análisis. Así, el TC fortalece su posición que existe una delegación de facultades jurisdiccionales, y

“quien posee jurisdicción para conocer y fallar las reclamaciones... como juez especial de carácter tributario, es la persona del Director Regional (...)”, prosigue: “Otros funcionarios del Servicio que hoy se desempeñan como jueces y, como tales, ejercen funciones jurisdiccionales lo hacen en base a la delegación que les efectúa el aludido Director Regional, al amparo del artículo 116...”.

Así, el TC descarta lo argumentado por el CDE en el sentido que esta norma crea un tribunal con anterioridad –tal como lo hace el artículo 115 del CT– faltando solo que el Director Regional designe a la persona que desempeñará tal función.

“Así, otros funcionarios el Servicio de Impuestos Internos (distintos del Director Regional) no tienen tal carácter (tribunal) por no ejercer jurisdicción ni pueden ser de los llamados “jueces”, sino hasta que se produce efectivamente la delegación por parte del Director Regional, que es el órgano legalmente facultado para ejercerla (la jurisdicción)”.

2.2.4 Análisis acerca de la vulneración de las normas constitucionales en virtud de la delegación de facultades jurisdiccionales

Para este punto, el TC cita una sentencia emitida por dicho tribunal el año 2002²⁹ en la cual caracteriza la *jurisdicción* como

“una función pública emanada de la soberanía” para concluir que “como la función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía, solo la pueden cumplir las autoridades que esta Constitución establece (...) sea que las autoridades jurisdiccionales a que alude se encuentren dentro o fuera del Poder Judicial”.

La jurisprudencia actual, al tomar como premisa que la jurisdicción es un atributo de la soberanía, concluye que “*es indelegable por parte de las autoridades a quienes la Constitución o la ley la han confiado*”.

²⁹ Sentencia recaída en causa Rol N° 346, de fecha 8 de abril de 2002.

De ese modo, el artículo 116 vulnera el artículo 5º CPR que establece el principio de soberanía de la Nación. Ello, en relación con el artículo 76 CPR que establece que la facultad de conocer las causas civiles³⁰ y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.

Por los mismos motivos, el TC concluye que el artículo 116 vulnera el artículo 6º CPR que consagra los principios de supremacía constitucional y de vinculación a ella de los órganos del Estado. También se vulnera el artículo 7º CPR que establece los requisitos de validez de la actuación de los órganos del Estado y el principio de clausura del derecho público.

Asimismo, el TC considera que la delegación que efectúan los directores regionales implica una vulneración al deber de inexcusabilidad que pesa sobre los tribunales, y contemplado en el artículo 76 CPR.

2.2.5 Análisis del principio de “legalidad del establecimiento del tribunal”

El principio de legalidad del tribunal consiste en que la ley es la única autoridad que puede crear tribunales con carácter permanente.

Este principio constituye también un elemento esencial para la seguridad jurídica, puesto que impide que la resolución de un conflicto se realice por un tribunal distinto del permanente y establecido previamente por la ley³¹.

El TC concluye señalando que

“si la jurisdicción solo puede ejercerse por los tribunales establecidos por la ley, sean ordinarios o especiales, toda persona que pretenda desempeñarse como juez de esos tribunales, sin haber sido instituida por el legislador, sino que por un mero acto administrativo, se constituye en una comisión especial expresamente prohibida por la Carta Fundamental”.

³⁰ Los fallos se hacen cargo de señalar que de acuerdo a sentencia de 22 de noviembre de 1993 del TC (Rol N° 176) el concepto “causas civiles” incluye “todas aquellas controversias jurídico-administrativas que se pueden suscitar”.

³¹ Lo que es ratificado por el TC en las sentencias en análisis luego de citar una sentencia del mismo órgano, dictada con fecha 10 de febrero de 1995, en la causa rol N° 207.

2.3 Efectos de tales sentencias en el entorno jurídico y económico nacional

En esta parte creemos necesario enfocar el asunto desde dos puntos de vista; en primer lugar, desde una perspectiva general y sistemática, es decir, qué consecuencias generan esos fallos para nuestro sistema tributario y también para la economía nacional. En segundo término, debemos observar qué significado tienen dichas sentencias en el orden privado o particular, es decir, en relación con los contribuyentes que han iniciado acciones impugnatorias de actos del SII.

2.3.1 Efectos generales para el sistema tributario y económico

Aun cuando a primera vista se pueda pensar que resulta exagerado estimar que pronunciamientos jurisdiccionales como los estudiados, puedan tener una extensión tal que lleguen a producir consecuencias para todo el sistema tributario, e incluso la economía del país, lo cierto es que dicha desproporción no existe, pues siempre la función de resolver disputas o conflictos de interés entre partes, cualesquiera que ellas sean, ha tenido como primera finalidad el buscar paz social y entregar certeza acerca de determinados derechos o situaciones, de manera que un sistema tributario que presenta falencias estructurales serias en las instituciones que están destinados a zanjar los conflictos entre los sujetos ligados por una relación impositiva, no otorga confianza a sus actores, cuestión que constituye un germe de destrucción o deterioro que, tarde o temprano, terminará por destruirlo o dañarlo seriamente y con ello, afectando drásticamente a la economía nacional.

Así, el hecho de que el TC haya declarado la inconstitucionalidad de la delegación de facultades jurisdiccionales entregadas al Director Regional del SII, para resolver controversias de esa naturaleza debe ser vista como el primer paso sólido en el camino de la necesaria y urgente modificación de estos tribunales. La contundencia del efecto no está dada en términos reales por la declaración misma, sino por la consecuencia general que ella puede adquirir para todo el ordenamiento jurídico; no podemos olvidar que con las reformas constitucionales aprobadas en el mes de septiembre de 2005 se modificó, entre otras muchas materias, la competencia para conocer las acciones de inconstitucionalidad de determinados preceptos legales, pasando desde la Corte Suprema al TC y agregando una norma que permite a este organismo, de oficio o a petición de

parte, declarar inconstitucional una norma para todo espectro legal chileno, perdiendo toda vigencia el precepto alcanzado por la declaración, de manera que el hecho de haber dictado estas sentencias y otras posteriores implica la posibilidad cierta de que los preceptos estimados contrarios a la CPR (artículo 6º letra B Nº 116 del Código Tributario y 20 del DFL Nº 7) puedan perder su vigencia para toda la legislación chilena.

Ahora bien, hemos señalado que estas declaraciones constituyen el primer paso en el necesario cambio jurisdiccional tributario, pues si el artículo 116 ya referido es contrario al texto fundamental, el segundo escalón está constituido por la norma del artículo 115 del mismo código, precepto que es precisamente el que le otorga competencia al Director Regional para actuar como juez en las causas que se sometan a su conocimiento, siendo, por tanto, la piedra básica del sistema. Razones y argumentos para sustentar una acción impugnatoria de ese precepto existen varias, y en este trabajo se ha dado cuenta de varias de ellas.

Por otro lado, el hecho que el TC haya resuelto en la forma que lo hizo tiene trascendencia para el sistema tributario y económico nacional pues la existencia de instituciones jurisdiccionales tributarias de tal precariedad, hace perder gran competitividad a Chile como destino de inversiones extranjeras y emprendimientos internos. No cabe ninguna duda que la variable tributaria, entendida esta en forma integral considerando los tipos de impuestos existentes, la cuantía de los mismos, la forma de determinar la base imponible, las franquicias existentes, la eficiencia, idoneidad y transparencia de la administración tributaria y el sistema de resolución de conflictos son aspectos que tienen alta valoración al momento en que los agentes inversores extranjeros toman decisiones de inversión en un país.

Así, la existencia de órganos resolutivos de controversias con características como las esbozadas, y el grado de incertidumbre que ello genera, constituyen poderosos factores para alejar a los inversionistas de nuestro país frenando así el crecimiento económico. De esta manera, la referida institucionalidad ha ido constituyendo en lo que podríamos denominar una verdadera externalidad negativa para la economía chilena, pues la sitúa en un plano de desventaja frente a otros estados que cuentan con instituciones que otorgan mayor certeza y seguridad, en donde, frente a un diferendo con la administración tributaria, existirá un órgano imparcial e idóneo capaz de resolver adecuadamente el asunto.

2.3.2 Efectos en el orden privado

Una mirada inicial a las consecuencias que los fallos dictados por el TC en las acciones de inconstitucionalidad intentadas por los contribuyentes Selume Sacaan y Compañía Sudamericana de Vapores S.A.³² nos conduce a afirmar que no existen mayores diferencias con lo que ya venía aconteciendo con similares sentencias dictadas por la Corte Suprema, pues los efectos de ellas pasan por producir la nulidad de todo lo obrado debiendo reponerse el procedimiento a su inicio, es decir, al estado de proveer el reclamo como si él hubiere sido recientemente interpuesto.

Esto implica, sin embargo, volver a desarrollar nuevamente un juicio completo, con los consiguientes costos y riesgos. *Costos*, porque es necesario ventilar íntegramente el juicio de manera que se deberán desembolsar, otra vez, honorarios profesionales y gastos; ello sin perjuicio del aumento de las sumas presuntamente adeudadas por el contribuyente pues han continuado devengándose recargos legales por la vía de reajustes e intereses³³. *Riesgos* porque, habiéndose rendido prueba en el reclamo, estas probanzas deben ser producidas nuevamente y existe la posibilidad cierta de que, visto lo extenso del tiempo de trámite de un juicio, varias pruebas ya no existan; así puede acontecer con testigos que han declarado en el proceso, con peritos que evacuaron informes en su momento y que luego no son ubicados o no están en condiciones de efectuar el reconocimiento.

Como se ve, el hecho de retrotraer la tramitación del procedimiento normalmente está lejos de constituir un triunfo para el contribuyente. A lo más, le permitirá mejorar su posición probatoria si está en condiciones de hacerlo, cosa que, como ya anotamos, no es de habitual ocurrencia. No obstante, se producen efectos patrimoniales importantes, cual es el crecimiento desmedido de las sumas demandadas por el Fisco, pues ellas se encuentran afectas a un oneroso interés mensual, más el reajuste de las cantidades y las multas que en determinado casos la ley determina aplicar.

³² En forma similar a los fallos recaídos en las otras causas analizadas, como se indicó en nota al pie 18.

³³ Según dispone el artículo 53 inciso tercero del Código Tributario, se aplica un interés penal de 1,5% mensual.

2.4 Debilidades que han quedado de manifiesto con la dictación de aquellas

En las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional durante el año 2006 no solo se ha declarado inconstitucional la norma del artículo 116 del Código Tributario, sino que nuevamente se han mostrado ante la opinión pública las debilidades del sistema judicial tributario chileno.

En el análisis que efectúan las sentencias se desnuda el procedimiento e, incluso en el voto de minoría, se explicitan los defectos que tiene la judicatura, tales como la imparcialidad del Tribunal y las imperfecciones en su forma, que hemos comentado previamente. Por este motivo, somos de la opinión que el sistema debe ser reemplazado en forma íntegra, con la instauración pronta de tribunales tributarios letrados, imparciales, independientes del Servicio de Impuestos Internos y que formen parte del Poder Judicial, comprendiendo no solo los tribunales que dicen relación con la existencia de la determinación tributaria, esto es la jurisdicción entregada al SII, sino que también la judicatura que se refiere al cumplimiento forzado de la obligación tributaria, esto es a la Tesorería General de la República³⁴.

III. ACTUALIDAD

3.1 Medidas administrativas adoptadas por la autoridad a consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario

Frente a la trascendencia de la declaración contenida en los fallos evacuados por el TC, ha resultado evidente que resulta imposible para la administración mantener inalterado el sistema jurisdiccional en materia tributaria; por tal motivo, respondiendo a la fuerza de las circunstancias, tanto el Ministerio de Hacienda como el SII se han visto obligados a dictar las instrucciones correspondientes, cada uno en su ámbito, para adecuarse a la nueva realidad.

³⁴ Véase artículos 168 y siguientes del Código Tributario.

3.1.1 Acciones ejecutadas por el Ministerio de Hacienda dirigidas a solucionar los problemas que afectan a la jurisdicción tributaria en Chile

El Ministerio de Hacienda ha intensificado su impulso por modificar el proyecto de Tribunales Tributarios, mediante la remisión de una indicación al proyecto actualmente en trámite (Boletín N° 3139-05), a través de mensaje presidencial de 30 de octubre de 2006³⁵.

La última indicación, sustitutiva, vino entonces a mejorar notoriamente el proyecto mediante la creación de Tribunales Tributarios e incorporando la Jurisdicción Aduanera. En nuestra opinión, es un gran acierto esta última adición, ya que la resolución de conflictos entre el Servicio Nacional de Aduanas y los contribuyentes de impuestos al comercio exterior adolece de problemas más graves incluso que los que se achacan actualmente a la justicia tributaria a cargo del SII.

Destaca, además, el proyecto porque los nuevos Tribunales Tributarios y Aduaneros tendrían absoluta independencia (orgánica y financiera) del SII y de Aduanas, tanto los jueces como los demás funcionarios del tribunal. Asimismo, crea un procedimiento administrativo previo contra ciertas actuaciones del SII.

También, instituye un nuevo Procedimiento por Infracción de Derechos, que procede respecto de actos u omisiones que afecten garantías constitucionales del artículo 19 N° 21, 22 y 24, de manera que sirva como acción de “amparo tributario”³⁶.

³⁵ El actual proyecto de Tribunales Tributarios nació a consecuencia del proyecto de Ley que fue promulgado como la Ley N° 19.738 (mensaje del 24 de agosto de 2000 y publicado como Ley en el Diario Oficial de 19 de junio de 2001), conocido como Normas para combatir la Evasión Tributaria. Para ser aprobadas las mayores atribuciones que se concedían al SII en el proyecto, el gobierno de la época se comprometió a enviar, en un plazo de 6 meses, un proyecto de ley que mejorara la jurisdicción tributaria. El 19 de noviembre de 2002, 17 meses después de la aprobación de la Ley contra la Evasión, el Ministerio de Hacienda envió el mensaje por el cual presentaba el “Proyecto de Ley que Fortalece y Perfecciona la Jurisdicción Tributaria”. El proyecto sufrió modificaciones por mensaje del Ejecutivo, del 27 de febrero de 2004, recogiendo en parte las observaciones de la Corte Suprema, del Colegio de Abogados y del Colegio de Contadores. Sin embargo, la opinión mayoritaria de contribuyentes y de especialistas tributarios era que no garantizaba suficiente independencia de los Tribunales Tributarios, además de la exigencia de instancias administrativas previas, en forma obligatoria. La indicación sustitutiva del año 2006 se justifica porque viene a solucionar en gran parte todas las críticas, y demuestra un muy buen trabajo en su creación.

³⁶ Esta decisión contenida en el proyecto refleja la intención de instaurar en materia impositiva una suerte de tendencia garantista a favor del contribuyente, pues estos preceptos podemos identificarlos con la institución contenida en el artículo 10 del Código Procesal Penal, si se nos permite el parangón.

Una norma que consideramos de gran trascendencia y que está incluida en el proyecto, y que estimamos necesario destacar es la que releva que a los directores regionales de la obligación de sujetarse a las instrucciones del Director del SII mientras resuelvan reclamos, dejando de ser aplicable en esos casos el artículo 6º inciso final del CT. En caso de ser aprobado, tal precepto será vigente a partir de la fecha misma de publicación de la ley.

Una crítica que debe hacerse al proyecto es la excesiva demora que tendrá su entrada en vigencia en las diversas regiones del país, retrasándose cuatro años para la Región Metropolitana. La ciudadanía y la comunidad empresarial están esperando esta modificación, desde que fue comprometida el año 2001 y, de ser aprobado el proyecto durante el año 2007, las causas tributarias en Santiago solo serían conocidas por tribunales independientes a partir del año 2011, es decir, diez años después del compromiso del Ejecutivo.

En nuestra opinión, la entrada en vigencia no debiera demorar más de dos años, ya que se permitirá evaluar en un corto plazo el funcionamiento del proyecto, y corregir los errores de que pudiera adolecer, por ejemplo alguna vulneración de un derecho constitucional, la adecuación de la infraestructura, entre otros.

3.1.2 Medidas administrativas adoptadas por el Servicio de Impuestos Internos

Como consecuencia de los pronunciamientos en análisis, resultó evidente que era insostenible que el SII pudiera continuar operando de la manera que lo había venido haciendo hasta el mes de agosto de 2006. No resulta ajustado al principio de legalidad que la resolución de las causas pendientes en primera instancia continúara, formalmente, en manos de funcionarios que actuaban en virtud de la delegación de facultades jurisdiccionales desde el Director Regional al Jefe del Departamento Tribunal Tributario, pues el TC ha declarado expresamente que ello contraviene el ordenamiento jurídico nacional.

Por esta razón, el 4 de octubre de 2006 el Director del SII dictó la Resolución Nº 118, a través de la cual dejó sin efecto la facultad, radicada en los directores regionales de delegar sus potestades jurisdiccionales en los jefes del Departamento Tribunal Tributario; así, los primeros debieron reasumir su rol de juzgadores en primera instancia, quedando los segundos, en el hecho, a cargo

de tramitar los procesos y proponer las resoluciones a sus superiores jerárquicos.

Paralelamente se generó el problema motivado por la existencia del procedimiento administrativo denominado Revisión de la Actuación Fiscalizadora reglada mediante un instructivo administrativo denominado Circular N° 5 del año 2002, el cual es un proceso de revisión, previo al conocimiento de los reclamos en contra de liquidaciones de impuestos, que se realiza entre el mismo Departamento que emitió la actuación, y participan además el Jefe del Departamento u Oficina Jurídica y el Director Regional. Este procedimiento administrativo se inicia con una petición del contribuyente para que estos funcionarios revisen nuevamente la corrección de los fundamentos de una liquidación de impuestos y, en el evento de que existan en ella los vicios o errores manifiestos que el reclamante denuncia en su petición, sea anulada total o parcialmente la actuación, sin tener que tramitar íntegramente el juicio.

Ahora bien, como esta revisión previa a la instancia está presidida por el Director Regional del SII –pues este no actuaba como juez al haber delegado esas potestades al Jefe del Departamento Tribunal Tributario, sin embargo, aquel debió reasumir su condición de juez, al quedar sin efecto la delegación de facultades–, fue necesario efectuar modificaciones también en el procedimiento de revisión de la actuación fiscalizadora pues dicho funcionario ya no podría pronunciarse previamente acerca de la petición administrativa del contribuyente toda vez que se inhabilitaría para conocer del juicio posterior en el caso que el asunto siguiera ese camino.

Así fue como el 12 de octubre de 2006 se dictó la Circular N° 57 que dejó sin efecto la nombrada Circular N° 5 de 2002 y modificó el aludido procedimiento de revisión, sustituyendo la actuación del Director Regional por la del Jefe del Departamento u Oficina Jurídica.

3.2 Opinión crítica

Considerando lo expresado en los capítulos que anteceden, en nuestra opinión, las decisiones adoptadas, primero por la Corte Suprema y ahora por el Tribunal Constitucional, son plenamente coherentes y representan la aplicación de una visión y un criterio jurídico lógico y armónico con el desarrollo de las ciencias sociales y la protección de los derechos fundamentales, expresada con meridia-

na claridad en la Carta Fundamental, cuestión que en los días actuales no se manifiesta en nuestras instituciones tributarias.

Por ello, estimamos que en atención a los efectos que las normas constitucionales atribuyen hoy en día a la declaración de inconstitucionalidad efectuada por ese Tribunal respecto de un precepto legal –cuestión que no existía cuando aquella potestad se encontraba radicada en la Corte Suprema–, estas sentencias tienen la virtud de ser el primer impulso para modificar en forma integral los preceptos relativos a la jurisdicción en materia tributaria. De esta manera, una vez asentada la falta de obligatoriedad del artículo 116 del Código Tributario es indudable que continuará el proceso de cuestionamiento que han llevado adelante los contribuyentes en contra de esta institucionalidad lesiva de sus derechos fundamentales, con la impugnación del artículo 115 del nombrado código, vista su frontal contraposición con las garantías constitucionales atingentes al derecho de los contribuyentes a acceder a un proceso racional y justo cuando impugnan actos de la administración tributaria todos los cuales tienen directa relación con el derecho de propiedad.

En conclusión, que nuestra justicia tributaria se encuentre radicada en un funcionario integrante de la misma administración encargada de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones impositivas; que parte de su remuneración dependa de la recaudación efectiva; que su permanencia en el cargo esté supeditada a contar con la confianza del Director del SII; y, además, esté obligado legalmente a interpretar y aplicar la ley al caso particular según el sentido y alcance fijado por su superior jerárquico o de acuerdo a las instrucciones que él haya dictado; todos esos son factores que restan ecuanimidad al sistema o, al menos, la apariencia de ser justo, y que en nuestra opinión constituyen la precisa síntesis de los males que aquejan a la jurisdicción tributaria chilena, todos los cuales han quedado plasmados en los fallos materia de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- ASTE, Christian (2006): *Curso Sobre Derecho y Código Tributario* (Santiago, LexisNexis).
- BOLOÑA, Germán (2005): *El Acto Administrativo* (Santiago, LexisNexis).
- CARVALLO, Sergio (1967): *Fundamentos Económicos de la Legislación Tributaria Chilena* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CEA, José Luis (1988, 1^a Ed.): *Tratado de la Constitución de 1980. Características Generales Garantías Constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FERNÁNDEZ, Miguel (2004): *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley* (Santiago, LexisNexis).
- HERNÁNDEZ, Rafael (1999): *Interpretación, Subsunción y Aplicación del Derecho* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- HOYOS, Francisco (1987): *Temas Fundamentales de Derecho Procesal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- NEUMANN, Mario (1968): "Jurisprudencia Administrativa del Libro Tercero del Código Tributario", 6 *Revista de Derecho Económico* 21-22 (octubre de 1967 a marzo de 1968) (Universidad de Chile).
- PALOMO, Diego (2003): "La Anulación de Procesos Tributarios por Parte de la Sala Tramitadora de la Corte de Apelaciones de Santiago: Algunas Notas en Torno al Derecho de Acceso a la Justicia en Estas Materias", 9 *Ius et Praxis* 1 (Universidad de Talca) pp. 523-540. Disponible en línea en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100024&lng=es&nrm=iso .
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (Subdirección de Estudios Subdirección Jurídica) (2001): *La Justicia Tributaria en Chile* (Santiago, SII) Disponible en línea en: http://www.sii.cl/aprenda_sobre_impuestos/estudios_justicia_tributaria.zip
- UGAS, Luis (1967, 2^a Ed.): *El Código Tributario Sus Normas Complementarias y Jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VERDUGO Mario, PFEFFER Emilio, NOGUEIRA Humberto (1999): *Derecho Constitucional*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ZUÑIGA, Francisco (Coordinador) (2005): *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis).

La protección constitucional de la empresa: La individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo



TEODORO RIBERA NEUMANN

Profesor Facultades de Derecho, Universidad de Chile y U. Autónoma del Sur

RESUMEN

El Tribunal Constitucional declaró mediante la Sentencia Rol N.º 534 la inconstitucionalidad de una norma contenida en el proyecto de ley sobre trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios, por invadir la iniciativa exclusiva del Presidente de la República para presentar proyectos de ley sobre materias relativas a la seguridad social o que incidan en ella. De esta manera, la sentencia no se pronunció respecto de las alegaciones de fondo que fueron planteadas, cuestiones no tan solo de gran importancia jurídica, sino de gran impacto en la vida económica y social del país. El autor sostiene que la nueva definición de empresa, que contenía el artículo 183 ter de dicho proyecto de ley, permitía crear una ficción legal, en la cual dos o más empresas diversas podían ser consideradas como una misma entidad, no obstante la clara y delimitada personalidad jurídica e individualidad natural de cada una de ellas, y sin que necesariamente existieran actos dolosos, orientados a defraudar a terceros. Más claramente, ello implicaba crear personas con límites difusos, sujetos de derechos y obligaciones, sin individualidad natural propia e identidad legal determinada. Consecuentemente, el citado precepto era inconstitucional por desconocer, en particular, la individualidad natural derivada del derecho de asociación como al igual la individualidad jurídica determinada de las empresas constituidas como tales.

SUMARIO

I. Introducción. II. El concepto de empresa. III. El reconocimiento de la empresa en la Constitución. IV. Los conceptos constitucionales y su protección. V. La empresa como resultado del ejercicio y confluencia de diversos derechos constitucionales. VI. La empresa como individualidad propia y cuerpo intermedio. VII. El principio de la primacía de la realidad y la doctrina del levantamiento del velo. VIII. El artículo 183 ter y la eliminación de la referencia a la individualidad legal determinada de la empresa. IX. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 21 de agosto de 2006, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 183 ter¹, que se agregaba al Código del Trabajo mediante el artículo 3º nuevo del Proyecto de Ley Boletín N° 2943-13 sobre el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios².

Los requirentes sostuvieron que la definición de empresa contenida en el artículo 183 ter, eliminaba un requisito esencial de esta, consignado en el artículo 3º del Código del Trabajo, tal es, tener una identidad legal determinada. Argumentaron que dicha omisión permitiría a los entes administrativos desconocer su individualidad natural y cometer toda clase de abusos, lo que implicaba sumir a la empresa en un estado de incertidumbre jurídica, vulnerando la adecuada autonomía e individualidad de la empresa como cuerpo intermedio, violentándole su facultad de administración, al imponerle asociaciones no pactadas por sus miembros, e involucraba violaciones a los derechos fundamentales garantidos por la Constitución a dichas entidades. En suma, los requirentes plantearon que el nuevo artículo 183 ter vulneraba la debida autonomía que el Estado debe proporcionar a los grupos intermedios, según el artículo 1º inciso 3º de la Constitución. Además, quebrantaba diversos artículos constitucionales, como la libertad de asociación, contemplada en el artículo 19 N° 15; la libertad de contratación plasmada en el artículo 19 N° 16; la libertad de empresa tutelada en el artículo 19 N° 21; el derecho de propiedad recogido en el artículo 19 N° 24; y, por último, violaba el artículo 19 N° 26, entrampando el libre ejercicio de los derechos mencionados, afectándolos en su esencia. Argumentaron, igualmente, que el actual artículo 478 del Código del Trabajo³ sancionaba ya la simulación y que, consecuentemente, las

¹ Artículo 183 ter: “Para los efectos del presente Título, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales, e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos”.

² Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 534.

³ El artículo 478 del Código del Trabajo sanciona simular la contratación de trabajadores a través de terceros; utilizar cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, y cualquier alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, en especial entre los primeros las gratificaciones o las indemnizaciones por años de servicios y entre los segundos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente.

hipótesis que sustentaban el nuevo artículo 183 ter estaban debidamente cubiertas en la legislación laboral⁴.

La Presidenta de la República basó sus argumentos en que el artículo 183 ter buscaba impedir que la subcontratación fuera utilizada como subterfugio para eludir obligaciones laborales y previsionales, principalmente en el caso de dos o más empresas que gozaban de identidad legal separada, pero que se caracterizaban por tener una misma estructura de mando. Se pretendía hacer primar, indicó, la realidad económica por sobre una estructura jurídica definida. Así, basado en la “doctrina del levantamiento del velo” y en el “principio de la primacía de la realidad”, el Gobierno alegó que el artículo en cuestión tenía por objeto evitar el fraude y proteger al trabajador, la parte más débil de la relación laboral⁵.

La declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional no se basó en los argumentos de fondo de los requirentes, sino que en cuestiones de forma, por lo que no se pronunció sobre las demás alegaciones. La declaración de inconstitucionalidad se fundó en que el artículo 183 ter nuevo modificaba normas relativas a la seguridad social, una materia perteneciente al campo de la iniciativa legal exclusiva del Jefe de Estado. Por ello, dado que dicho artículo era producto de una indicación parlamentaria, invadía la iniciativa exclusiva de la Presidenta de la República, vulnerando el artículo 65 inciso cuarto N° 6 de la Carta Fundamental. El Tribunal Constitucional basó dicho argumento en que

“la aplicación del concepto de empresa que formula el artículo 183 ter en análisis a las distintas situaciones de subcontratación contenidas en el proyecto de ley, determina los sujetos obligados al pago de las cotizaciones previsionales de los trabajadores como, asimismo, la clase de responsabilidad civil de la persona denominada mandante o empresa principal en la subcontratación, responsabilidad que, por regla general, es solidaria, pero que puede convertirse en subsidiaria (...)”⁶.

⁴ Al respecto, consúltense el requerimiento presentado con fecha 13 de julio de 2006 referente a la inconstitucionalidad del artículo 183 ter que se agregaba al Código del Trabajo mediante el Proyecto de Ley sobre Trabajo en Régimen de Subcontratación, el Funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios.

⁵ Al respecto, consúltense el escrito de observaciones presentado con fecha 8 de agosto de 2006 por la Ministra Secretaria General de la Presidencia, Paulina Veloso Valenzuela, por instrucciones de la Presidenta de la República, en relación con el requerimiento relativo a la inconstitucionalidad del artículo 183 ter presentado con fecha 2 de agosto de 2006.

⁶ Así, Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 534, Considerando octavo, a citarse luego como STC 534/8.

De esta manera, el Tribunal consideró que si una norma de un proyecto de ley modifica una norma de seguridad social o incide en ella, debía necesariamente ser materia de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Si bien los argumentos invocados por el Tribunal evitaron resolver sobre los temas de fondo que se plantearon, generaron indudablemente un debilitamiento mayor de las ya reducidas facultades legislativas de los integrantes del Congreso Nacional, lo que incidirá, por otro lado, probablemente en nuevos requerimientos para dilucidar con precisión la extensión de las materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

II. EL CONCEPTO DE EMPRESA

No es fácil definir la “empresa”. Características inherentes a ella, tales como su versatilidad y complejidad, redundan en que cualquier definición dogmática del concepto se ve muy pronto superada por la evolución de la actividad económica.

Congruente con la circunstancia de que la “empresa” ha sido una organización de difícil definición tanto para el legislador, la academia como para la jurisprudencia, la ley no ha pretendido dar definiciones omnicomprensivas, sino que más bien las ha consignado para determinados ámbitos del Derecho.

Un ejemplo de la mencionada práctica lo constituye el artículo 3°, inciso tercero, del Código del Trabajo, que circunscribe su definición solo para los ámbitos de la legislación laboral y de la seguridad social: “Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”.

Académicos ligados a la Ciencias Empresariales señalan que la empresa es “toda unidad o institución organizada con fines productivos. Vale decir, que combinando ciertos bienes y servicios, y mediante un proceso de transformación, entrega a la economía otros bienes y servicios de mayor valor”⁷. Otros indican que “la empresa es la unidad económica de producción encargada de combinar los factores o recursos productivos, trabajo, capital y recursos naturales

⁷ BARDÓN (1997) p. 79.

para producir bienes y servicios que después se venden en el mercado”⁸. De esta manera, y desde su perspectiva académica, la empresa es principalmente una “unidad”, una “entidad” productiva.

El Diccionario de la Lengua Española, por su parte, indica que la empresa es una “unidad organizativa y autónoma dedicada a la producción de bienes o al mantenimiento o prestación de ciertos servicios, dirigidos al consumo de la comunidad, y en cuyo seno se desarrollan las relaciones laborales, y con una finalidad lucrativa, ya sea económica o moral, pudiendo gozar o no de personalidad jurídica propia según los casos”⁹.

Interesante resulta destacar de esta definición el carácter “auténtico” que el Diccionario de la Lengua Española le atribuye a la empresa, conjuntamente con el reconocimiento que le otorga como “unidad organizativa”.

Por su parte, la jurisprudencia ha asimilado en diversas sentencias el concepto “empresa” con una determinada forma jurídica de organización. De esta manera ha indicado que: “La palabra empresa debe entenderse como sociedad mercantil o industrial para emprender o llevar a cabo obras materiales, negocios, proyectos de importancia, significado que le da el Diccionario de la Real Academia”¹⁰.

III. EL RECONOCIMIENTO DE LA EMPRESA EN LA CONSTITUCIÓN¹¹

La Constitución de 1980 reconoció el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica en su artículo 19 N° 21, disposición que fue reforzada por las diversas normas limitativas y restrictivas del ejercicio de actividades económicas por parte del Estado y de sus organismos, que se imponen con el fin de resguardar la libre actividad económica que se le otorga a los individuos, esto es, la libertad empresarial privada¹². Fuera del reconocimiento expreso de este de-

⁸ LARROULET y MOCHÓN (1998) p. 153.

⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1994) p. 373.

¹⁰ Corte Suprema, 17 de agosto de 1953, en REVISTA DERECHO Y JURISPRUDENCIA (Tomo L, Segunda parte, Sección Primera p. 292).

¹¹ Al respecto puede consultarse RIBERA y VIGUERA (2000) pp. 387 y ss.

¹² El desarrollo de actividades empresariales por el Estado, es en nuestro ordenamiento constitucional una excepción, que se simboliza con la necesidad que se dicte una ley de quórum calificado para autorizarse y la que debe, en todo caso, someterse a la legislación común. Estas actividades empresariales estatales aparecen mencionadas en los artículos 19 N° 21 inciso segundo; 19 N° 24 inciso décimo; 55 incisos primero y segundo; 60 N° 9; 98 inciso primero, y Disposición Transitoria Tercera.

recho fundamental, nuestra Carta Magna se refirió en su artículo 9º a las *"organizaciones empresariales"*, y en su artículo 19 Nº 18 denominó *"instituciones privadas"* a las empresas y otro tipo de organismos que actúan en el campo de la seguridad social. Por último, en el artículo 19 Nº 16 de la Ley Fundamental relativo a la libertad de trabajo y su protección, el constituyente se refirió en el inciso quinto a la *"empresa"* como entidad singular con la cual se realiza la negociación colectiva, distinta de su o sus propietarios, y también diversa de otras empresas, con o sin personalidad jurídica¹³.

De este modo, la Constitución reconoció en su articulado diversos derechos fundamentales necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial, y que son propios de un sistema basado en la libre iniciativa individual, tal es, el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica (libertad de empresa); a la empresa como un ente creado en ejercicio de dicho derecho fundamental y destinado a su vez a ejercerlo, y a las organizaciones empresariales que agrupan a empresarios y empresas.

Al respecto debemos reiterar que la empresa, particularmente aquella conformada por dos o más personas naturales o jurídicas, y que surge además del ejercicio del derecho de asociación consagrado en el artículo 19 Nº 15, inciso primero, de la Constitución, conlleva implícito el surgimiento de una entidad propia, esto es, de un grupo intermedio diverso de sus integrantes. ILLANES señala en el mismo sentido:

"La empresa es un organismo, porque es un ente con vida propia, despersonalizado y diferente de su dueño o propietario, frente al cual pese al estrecho vínculo que los une, debe considerarse como una estructura inde-

¹³ En el precepto antes citado el constituyente reconoce a la empresa como ente jurídico, al sostener que la negociación colectiva se realiza por los trabajadores *"con la empresa"* en que laboren, lo que solo es posible si consideramos a esta como dotada de una personalidad distinta de sus propietarios y administradores. Esto es tal, pues la negociación colectiva debe realizarse necesariamente con un ente jurídico, sea esta una sociedad de hecho o una persona jurídica que adopte una de las variadas formas de organización, mas no con una *"unidad económica"* carente o incapaz de asumir obligaciones y de ejercer derechos. Igualmente en lo relativo a la regulación de la huelga, el mismo constituyente se refirió en el inciso sexto del mismo numeral tanto a la existencia de las *"corporaciones"*, personas jurídicas sin fines de lucro, como a las *"empresas"*, esto es, a las asociaciones con fines de lucro. Este reconocimiento expreso de la empresa como entidad jurídica destinada a realizar actividades económicas, hace que la misma esté especialmente protegida constitucionalmente, tanto por ser un cuerpo intermedio como por el hecho de ejercer ella, por esencia, el derecho consagrado en el artículo 19 Nº 21, de la Constitución.

pendiente. Ya sea que haya uno o muchos dueños, el esquema no varía en este sentido: la empresa y su dueño constituyen unidades distintas y separadas, tanto para efectos legales, contables y administrativos”¹⁴.

Teniendo la empresa la calidad de entidad natural o moral como consecuencia del ejercicio del derecho de asociación natural, o bien personalidad jurídica por constituirse de conformidad a la ley, adquiere la calidad de sujeto de derechos fundamentales, en la medida que los derechos invocados puedan serle aplicados por su propia naturaleza. Ello conlleva necesariamente la obligación del Estado de respetar su individualidad, natural o jurídica.

IV. LOS CONCEPTOS CONSTITUCIONALES Y SU PROTECCIÓN

A pesar de que el concepto “empresa” no se encuentra definido en la Carta Magna, dicha entidad goza de una protección constitucional, tanto en virtud de que es un concepto constitucional como porque conlleva implícito el ejercicio de derechos fundamentales diversos.

Todo concepto consagrado en la Constitución, como, por ejemplo, el de “empresa”, “medio de comunicación social”, “iglesias”, “partidos políticos”, “sindicatos”, etc., gozan necesariamente de protección constitucional, pues representan un conjunto de ideas o formas de entendimiento que el propio constituyente ha estimado relevante, por lo que las ha incorporado al Texto Fundamental.

Si el legislador u otra autoridad se propusiesen redefinir los conceptos utilizados por el constituyente, alterando su significado o su naturaleza en sus elementos esenciales, dándole caracteres antojadizos, distintos a su sentido natural y obvio, ello implicaría en la práctica alterar tácitamente las disposiciones en las cuales se utiliza el concepto. De esta manera, se estaría modificando la Carta Fundamental sin cumplir los procedimientos y los quórum necesarios para ello, por lo que la supremacía constitucional no sería más que una quimera. Así como la doctrina fundamentó extensamente el reconocimiento y la protección constitucional de los partidos políticos en la referencia tangencial que realizaba en el artículo 25 del texto original de la Constitución de 1925¹⁵, con igual razón debemos

¹⁴ ILLANES (1999) p. 18.

¹⁵ Así, a manera de ejemplo en QUINZIO (1969) p. 130.

respetar el contenido natural y obvio del concepto “empresa”, así como su calidad de cuerpo intermedio autónomo.

V. LA EMPRESA COMO RESULTADO DEL EJERCICIO Y CONFLUENCIA DE DIVERSOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

La empresa está reconocida en nuestro ordenamiento expresamente por la Constitución como una individualidad propia y específica, como al igual tácitamente, dado que su afirmación se deriva del ejercicio y la confluencia de diversos derechos constitucionales. Toda empresa es producto de la libertad que el Estado reconoce a las personas en el campo económico y social, de manera tal que en su conformación confluye el ejercicio de diversos derechos, entre otros, el de asociación, la libertad de trabajo, de contratación, a la propiedad y de propiedad¹⁶.

En primer lugar, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica se encuentra íntimamente relacionado con la noción de empresa. Un objetivo prioritario del ejercicio de cualquier actividad económica es la producción de bienes o servicios con el objeto de generar beneficios. Dicho ejercicio comprende necesaria e ineludiblemente la libertad de administración y de inversión, esto es, el derecho de decidir, asumiendo el riesgo de ganancia o pérdida, la destinación de los recursos para la consecución de los fines empresariales, fijando las políticas comerciales, las pautas de contratación con terceros, los precios y los posibles márgenes de utilidad. Las mencionadas actividades no se pueden concebir en un sistema donde el derecho a desarrollar cualquier actividad económica no se respete, puesto que constituyen expresiones directas de la libertad de empresa.

En segundo lugar, el derecho de asociación encuentra una importan-
tísima expresión cuando el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica se ejerce con terceros, sea por parte de personas naturales o jurídicas. La asociatividad es un elemento consustancial al ser hu-

¹⁶ Interesante es destacar que mientras en España se reconoció la libertad de empresa expresamente en el artículo 38, en Alemania ello es producto de la doctrina y de la jurisprudencia, la que ha estimado que es consecuencia directa de la libre elección del trabajo e industria, del derecho de propiedad y a la propiedad, del derecho de asociación y del libre desarrollo de la personalidad. Al respecto, véase: ARIÑO (1995) y OSSENBUHL (1991).

mano, pues una persona vinculada con otros puede desarrollar en mejor forma sus potencialidades, reafirmar su identidad, acrecentar su seguridad, proyectarse, etc. Las asociaciones, cualquiera sea su tipo (con y sin fines de lucro, tales como las empresas, fundaciones, clubes deportivos, etc.) son los “grupos intermedios” a que se alude en el artículo 1º de la Constitución, a través de los cuales se estructura la sociedad. Su existencia es fundamental en una sociedad democrática, pues constituyen la base sobre la cual un individuo desarrolla su actividad con otras personas. Las asociaciones o grupos intermedios son en el contexto social un lugar privilegiado para el desarrollo de la personalidad individual. Además, el artículo 1º de la Constitución *“garantiza la adecuada autonomía”* de los grupos intermedios, perteneciendo las asociaciones a esta categoría, sean con o sin fines de lucro. Su existencia es además relevante, ya que las asociaciones sirven de contrapeso a la actividad estatal, logran unir mediante intereses comunes a personas aisladas, y les proporciona un medio para manifestarse con más fuerza en una sociedad democrática. La inexistencia de grupos intermedios genera una situación proclive a un Estado sin contrapesos.

El Tribunal Constitucional ha precisado que

“el derecho de asociación posee una doble vertiente, a saber, el derecho de asociación y la libertad de asociación; esta libertad consiste precisamente en el poder de autodeterminarse en cuanto a pertenecer o no, crear o no, una sociedad, asociación o grupo corporativo específico, vale decir no ser coaccionado a integrarse a un determinado ente societario, acoger o no, libremente, como miembro a un determinado sujeto que deseare integrarse a él, en fin retirarse o no de ese grupo o cuerpo asociativo libremente”¹⁷.

La Constitución reconoce en el artículo 19 Nº 15, tres expresiones diferentes para la libertad de asociación:

- a) La libertad de asociación o derecho de asociación como un derecho natural, que lo ejercen las personas sin requerir la autorización gubernativa;
- b) El derecho de asociación con personalidad jurídica, para lo cual hay que cumplir las exigencias establecidas por el ordenamiento jurídico; y

¹⁷ STC 184/7.

- c) El derecho de asociación para formar partidos políticos, que es regulado especialmente en el Texto Constitucional.

Una asociación requiere para ser tal la unión de dos o más personas que comparten ideales, metas u objetivos en interacción social, que cuenten con alguna estructura organizativa y que tengan la intención de que sus relaciones trasciendan el momento (estabilidad). La jurisprudencia ha señalado:

“Mientras en el derecho de reunión no se crea vínculo jurídico permanente alguno entre quienes convocan u organizan la reunión y/o concurren a ella, es de la esencia de la asociación la vinculación societaria. Quienes organicen una asociación o quienes ingresen después a ella, están ligados por un vínculo jurídico permanente del que surgen derechos y deberes para los integrantes de la entidad previstos en el pacto social o en el estatuto que le rige, y de ello resulta que la permanencia en una asociación es un derecho que les asiste a sus miembros y, por lo tanto, si esa situación de hecho se interrumpe a tal punto que el socio no puede continuar en la asociación, debe entenderse que respecto a la persona afectada se ha violado esa garantía”¹⁸.

La creación de una empresa con terceros es un ejercicio natural y obvio del derecho de asociación, que nuestra Constitución reconoce tanto en una forma libre o natural, o bien mediante el otorgamiento de la personalidad jurídica. En ambos casos, la asociación resultante implica la existencia de una individualidad diversa a la de sus integrantes; la primera, una individualidad natural, la segunda, una personalidad jurídica, si se ha constituido de conformidad a la ley.

Si estas asociaciones desean actuar como entes jurídicos –capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representadas judicial y extrajudicialmente– deben constituirse de conformidad a la ley. No obstante, hay que advertir que el derecho de asociación subsiste para el grupo, tenga o no personalidad jurídica. La carencia de esta no importa la negación de la existencia de la asociación, sino que implica la privación para ella de un beneficio que puede facilitar la consecución de sus objetivos¹⁹.

¹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de julio de 1990, GACETA JURÍDICA N° 121, p. 39.

¹⁹ SILVA BASCUÑÁN (1963) p. 250.

La Constitución prohíbe únicamente las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado. Al respecto el artículo 292 del Código Penal señala: "Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o la sociedad, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse".

Lo anterior implica que una persona tiene el derecho a asociarse con otras, constituyendo una sociedad, con un objeto mercantil; pero del mismo modo, las personas pueden ejercer su derecho a *no asociarse*, y a desarrollar una actividad económica de manera individual, incluso constituyendo una empresa individual de responsabilidad limitada en virtud ya no del derecho de asociación, sino que del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica. Lo anterior se explica por la circunstancia que el derecho de asociación o la libertad asociativa conlleva no solo el derecho a formar una sociedad con las personas que uno juzgue conveniente, imponiéndosele el deber al Estado de respetar dicha asociación y de no imponerle asociaciones forzosas con socios con quienes la persona no ha contratado, sino que también comprende la elección personal de *no asociarse*, y de formar una empresa de manera solitaria, sin la intervención de otros socios.

En tercer lugar, la libertad de contratación tiene igualmente relación directa con la empresa misma y su actuar económico. El mencionado derecho comprende el derecho de contratar libremente con un tercero las prestaciones laborales que se convengan con respeto a la normativa legal aplicable. La expresión "*toda persona tiene derecho a la libre contratación*" a que se alude en el inciso segundo del artículo 19 Nº 16 de la Constitución, se refiere a la libertad de cada cual, dentro del marco fundamental de la no discriminación arbitaria, de celebrar un acuerdo laboral sometido a las normas legales. Lo anterior significa que nadie puede ser obligado a contratar trabajadores contra su voluntad, como lo sería si fuera lícito atribuirle a una persona o entidad la obligación de incorporar trabajadores o mantenerlos sin su consentimiento, o bien hacerse cargo de las obligaciones provenientes de una relación laboral entre terceros. El ejercicio de la libertad de contratación supone una entidad económica que realice las funciones de empleador, lo que naturalmente se identifica con la empresa. Igualmente, desde el punto de vista del trabajador, comprende el derecho a no imponérsele un empleador, sea este una persona natural o jurídica, diverso de aquel con el cual

se ha contratado, pues el vínculo laboral conlleva siempre un derecho a elección, el que debe ser respetado.

En cuarto lugar, la actividad empresarial se vincula íntimamente con el derecho a la propiedad y con el derecho de propiedad y su protección constitucional. En una sociedad de mercado o social de mercado, los derechos a la propiedad y de propiedad juegan un rol muy relevante, pues permiten a los actores del mercado obtener los beneficios por las actividades económicas socialmente valoradas, como igualmente conservarlos. Cabe tener presente que la actividad empresarial implica organizar bienes y servicios para un objetivo determinado, lo que no necesariamente conlleva el éxito deseado.

Uno de los elementos esenciales del funcionamiento del mercado es la acumulación de capital y la determinación de la responsabilidad de los socios respecto de las deudas sociales, esto es, el nivel de riesgo que se pretende asumir. El riesgo es, así, consustancial a la actividad empresarial en una sociedad abierta, donde empresas y empresarios diversos compiten por captar la atención y el favor de los consumidores.

En este sentido, las distintas variedades de sociedades tienden en forma diversa a tratar estos temas. Así, en las sociedades colectivas, el énfasis se pone en la persona de los socios (al ser en este caso una institución donde tienen primacía las personas, esto es, *intuito personæ*) en desmedro de la acumulación de capital. Los socios responden con todo su patrimonio de las deudas sociales, y con respecto a los demás socios, responden *in solidum* en las mercantiles, y a prorrata de sus respectivos aportes en las civiles. La incorporación de nuevos socios y de nuevos aportes provenientes de personas distintas a los contratantes iniciales se encuentra fuertemente limitada en estos casos. En cambio, en las sociedades anónimas se fomenta la acumulación de capital mediante la venta de acciones, sin importar la persona que suscriba los documentos, y circunscriben la responsabilidad de estos hasta la suma de sus aportes. Por su parte, en la sociedad de responsabilidad limitada, a pesar de tener la misma característica de las colectivas, esto es, *intuito personæ*, se aparta de esta al establecer una responsabilidad limitada a los respectivos aportes que han hecho los socios.

El anterior esquema se funda en la facultad que tienen cada una de las personas que integran una sociedad para acumular capital con el objeto de emprender un desafío, y la necesidad que tiene cada uno de ellos de determinar previamente el nivel de responsabilidad ante el riesgo que se corre al ejercer la actividad empresarial.

De esta manera, a la empresa le está garantizada constitucionalmente el derecho eventual de apropiación a los bienes que legítimamente pueda incorporar a su patrimonio, mas no un derecho a la utilidad o a una cuota de mercado. Igualmente, incorporado este bien a su patrimonio, la empresa tiene garantizado un derecho de propiedad sobre sus bienes, lo que implica igualmente un derecho a que ellos no sean confundidos con los de terceros, que no se comprometan en actividades diversas sin su consentimiento, y, en fin, que no le sean atribuidos riesgos y eventualidades de los cuales en la realidad no es parte. Esto es tal desde un doble punto de vista, pues afecta claramente a dos tipos de sujetos claramente determinados. En primer término, la empresa es titular de un derecho de propiedad sobre su activo, sobre los créditos de que goza como consecuencia de los contratos de trabajo que ha celebrado con sus trabajadores, de su actividad económica, etc. Del mismo modo, todo socio empresarial es titular de un derecho de propiedad sobre la empresa misma, a prorrata de la cuota que le corresponda en el haber común con respecto a los demás socios. De manera consecuencial, los socios de una empresa son propietarios de todos los activos de que goza la mencionada entidad.

En congruencia con lo anterior, destruir la individualidad natural o la personalidad legal es desconocer la voluntad esencial de las partes contratantes de asociarse con terceros, de conformar una entidad diversa a sus asociados, de determinar el capital de riesgo destinado a una actividad específica como a delimitar su responsabilidad a un ámbito concreto.

VI. LA EMPRESA COMO INDIVIDUALIDAD PROPIA Y CUERPO INTERMEDIO

Sin lugar a duda, un elemento consustancial de toda asociación es su derecho a la individualidad, esto es, a ser una entidad propia, diversa de otras, con derecho a no ser fusionada o confundida con una diversa. La individualidad, es decir, la “cualidad particular de alguien o algo, por la cual se da a conocer o se señala singularmente”²⁰, fluye como elemento esencial y obvio de la libertad de asociación, pues conformándose una agrupación como expresión de este derecho fundamental, surge una entidad diversa a la de sus

²⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1994).

asociados, esto es, una individualidad natural. Cabe tener presente que la individualidad es propia de toda asociación, un elemento característico de cada una y no guarda relación, de esta manera, con la personalidad jurídica, que requiere, además, el cumplimiento de determinados requisitos legales. Mientras la individualidad es un elemento consustancial del ejercicio del derecho de asociación, la personalidad jurídica es consecuencia de que la asociación, que cuenta con individualidad natural, se haya constituido además en conformidad a la ley.

Tal como lo reconoce la propia Constitución, la empresa está dotada de una individualidad propia, diversa de su o sus propietarios, pudiendo contar o no con personalidad jurídica. La jurisprudencia ha considerado que ella es un “grupo intermedio”, dictaminando la Corte Suprema sobre el particular:

“La autonomía garantizada por la Constitución tiende al amparo de los grupos intermedios que organizan y estructuran la sociedad, algunos de los cuales son los entes mercantiles que contribuyen a esa organización en lo económico”²¹.

Este reconocimiento de la empresa como grupo intermedio en la Constitución hace justicia a una organización relevante en el andamiaje social, sin cuya presencia los grandes cometidos de la sociedad que exigen mayores niveles de asociatividad, de administración, coordinación o acumulación de capitales, visiones y esfuerzos, serían imposibles de realizar²².

Siendo la empresa un cuerpo intermedio que estructura y organiza el andamiaje social, debe reconocérsele no solo la autonomía que la Constitución le garantiza, sino que igualmente aquellos elementos consustanciales que permiten que esta se exprese. Ello comprende necesariamente su estructura organizativa, su patrimonio o sus bienes sociales, las actividades y decisiones empresariales que no contravengan la ley, etc., como al igual el legítimo ejercicio de los diversos derechos constitucionales que en razón de su naturaleza le

²¹ En REVISTA DERECHO Y JURISPRUDENCIA (Tomo LXXXII, Enero-Abril 1995, N° 1, p. 3). Véase también STC 226/29.

²² Como lo indica URENDA (1999) p. 305: “No es solo un lugar de encuentro de personas, que ejerciendo su libertades individuales de elegir su destino, deciden ejercer, asimismo, su derecho a la libertad de asociación, para juntarse con otras personas y hacer uso en conjunto de su libertad económica; es además el instrumento más eficiente que se conoce hasta ahora en el mundo entero para aprovechar la creatividad del hombre liberado de las amarras y limitaciones que le impone un Estado todopoderoso (...).”

correspondan a la empresa en su calidad de entidad individual concreta, cuente o no con personalidad jurídica.

La Constitución prohíbe en el artículo 19 N° 15, inciso cuarto, únicamente a las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado. Desconocer la individualidad natural de una entidad o su identidad jurídica existiendo un ejercicio legítimo de los derechos fundamentales conlleva ignorar un elemento esencial derivado del ejercicio del derecho de asociación, asegurado a todas las personas por nuestra Constitución.

VII. EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD Y LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

Las empresas, al asumir formas jurídicas asociativas o de empresas individuales de responsabilidad limitada, gozan de diversos atributos, algunos derivados de su individualidad natural y otros del mandato legal. Así, tienen nombre –razón social o denominación según sea el caso–, domicilio propio, nacionalidad, capacidad y un patrimonio diferenciado de sus miembros, conformado inicialmente por la suma de los aportes efectuados por cada uno de los socios.

Como ya analizamos anteriormente, las distintas sociedades se acogen a diversas reglas al respecto. Tenemos sociedades como la colectiva, donde los socios responden ilimitadamente con su patrimonio respecto de las deudas sociales, y otras como la anónima y la de responsabilidad limitada, donde los socios responden solo hasta el monto de sus aportes. El hecho que las empresas adoptan estructuras jurídicas diversas determina el tipo de responsabilidad de los socios con respecto a las obligaciones contraídas por la persona jurídica, como al igual su solvencia antes los demás agentes económicos.

En algunos casos, el mal uso de la personalidad jurídica que se le atribuye a una sociedad o empresa individual, redunda en la comisión de ilícitos, fraudes al Derecho o actos reñidos con la buena fe. Por ejemplo, los atributos formales de las personas jurídicas pueden usarse en la creación de capitales ficticios, mediante la conformación de grupos de sociedades sin un sustento patrimonial real. Igualmente se puede crear una empresa individual de responsabilidad limitada, y contraer a su nombre más deudas de las que se está dispuesto a pagar, lo cual iría en directo perjuicio de los acreedores de la empresa. Además, se pueden cometer fraudes respecto de terceros valiéndose de una persona jurídica, utilizando los diferen-

tes atributos formales de la entidad como una careta que entrampere la actividad del juez, y le dificulte alcanzar a los verdaderos perpetradores del hecho punible²³. Más aún, la persecución de ilícitos, fraude al Derecho o actos reñidos con la buena fe se complica, pues el aparato formal de la persona jurídica encubre como un disfraz a los verdaderos artífices del fraude. En estos casos, los atributos de la persona jurídica constituyen un velo que oculta el verdadero estado de cosas –monto del haber social, verdaderos socios, dirección de la empresa–, y que es distinto al que se muestra al exterior, a todas luces falso.

Como respuesta a los problemas antedichos, y como un medio de paliar las dificultades a las que se enfrenta el juez para perseguir adecuadamente actos ilícitos, fraudes al Derecho o actos reñidos con la buena fe, es que la jurisprudencia anglosajona dio origen a la teoría del “levantamiento del velo”²⁴, la que se ha definido de la siguiente manera:

“Técnica judicial, en virtud de la cual es lícito a los tribunales, en ciertas ocasiones, ignorar o prescindir de la forma externa de la persona jurídica, para con posterioridad penetrar en su interior a fin de “desvelar” los intereses subyacentes que se esconden tras ella y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el velo de la personalidad, con el objeto de poner fin a fraudes y abusos, mediante la aplicación directa de las normas jurídicas a los individuos que pretendían eludirlas y la declaración de inoponibilidad de la persona jurídica respecto de los terceros que resulten perjudicados”²⁵.

La mencionada práctica judicial se ha fundado, entre otras, en razones de equidad, buena fe, transparencia en el tráfico jurídico, preventión de la simulación y en la sanción del fraude. No se trata, de esta manera, de una autorización legislativa amplia al administrador para imponer sus puntos de vista o para desconocer la verdadera voluntad de las personas naturales o jurídicas o de sus integrantes, sino que constituye un instrumento judicial interpretativo, ideado para develar el verdadero y real estado de las cosas y prevenir así el dolo.

Nuestra Corte Suprema ha utilizado esta técnica o práctica interpretativa, manifestando:

²³ LÓPEZ (2003) pp. 20 y ss. y pp. 96 y ss.

²⁴ Denominada también “*Disregard of legal Entity*” o “*Piercing the Corporate Veil*” en el sistema jurídico del *Common Law*.

²⁵ LÓPEZ (2003) p. 64.

“Pues bien, mantener a ultranza la separación entre socios y sociedad, utilizando su personalidad jurídica, puede conducir a situaciones que repugnan el orden jurídico y que no pueden servir de pretexto para vulnerar las leyes. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia comparada han reconocido la necesidad en estos casos de levantar el velo; esto es, desconocer la personalidad jurídica (doctrina que coincide con la primacía de la realidad), precisamente, *cuando se abusa de ella*”²⁶.

Al igual que en la práctica judicial comparada, la sentencia citada expresa que reconocer los efectos jurídicos del estatus de la personalidad jurídica de una sociedad en ciertos casos sería preservar una situación de evidente fraude al derecho. En concordancia con lo anterior, lo que busca esta técnica es evitar la infracción a la ley perpetrada mediante el abuso de la cobertura formal que proporciona la persona jurídica, haciendo primar la realidad ante la apariencia. Con este objetivo en mente, el juez realiza una operación de conocimiento, primero observando si la situación jurídica societaria equivale a la situación real subyacente –en la especie, observará la situación patrimonial, dirección de la empresa, socios integrantes, etc.– y, en caso de comprobarse un fraude, el juez hará primar la realidad de la situación jurídica existente en el *substratum* de la entidad, levantando el velo presentado al exterior. Más claramente, si el juez advierte que los actos aparentes conlleven uno o más actos contrarios a derecho mediante el abuso de la forma de personalidad jurídica, entonces

“la imputación de los derechos, obligaciones y responsabilidades no se debe hacer a la sociedad, sino directamente a los socios, prescindiendo o pasando por alto la personalidad jurídica atribuida”²⁷.

Debemos destacar que el desconocimiento de la personalidad jurídica, sanción que se puede expresar mediante la inoponibilidad o nulidad del acto constitutivo de la persona jurídica u otras formas, solo se permite cuando existe un abuso de la persona jurídica, que se puede expresar bien mediante un fraude, u otra maniobra contraria a la ley, situación que por lo demás corresponde probar a quien la invoca. Esto es, tiene un carácter eminentemente restrictivo y excepcional que solo justifica su aplicación ante ilícitos, fraudes al Derecho o actos reñidos con la buena fe.

²⁶ Corte Suprema, Sentencia Rol N° 1929 del 21 de junio de 2006, considerando sexto, ratificando una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia Rol N° 137-06 de fecha 18 de abril de 2006 (lo destacado es del autor).

²⁷ VILLEGAS (1995) pp. 48 y ss.

A este respecto la Corte Suprema indicó:

“De lo razonado en el motivo primero cobra vigencia, por tanto, lo que la doctrina conoce como acto en fraude. Este no es el acto que contraría directamente la ley (oculto a veces bajo una simulación), sino el acto que se ajusta al sentido de una norma, pero pretende obtener el resultado prohibido por otra o por el conjunto del ordenamiento jurídico. Así, se distinguen dos normas: una, la norma de cobertura; otra, la norma defraudada o violada. *Y la doctrina del levantamiento del velo es útil para sancionar los casos de abuso de la personalidad jurídica en fraude a la ley, cuando existe una identidad de personas o empresas, llegando, por la vía de aplicación de los principios generales del derecho, admitidos según el artículo 24 del Código Civil, a desestimar la personalidad jurídica si esta es usada ilegítimamente*”²⁸.

VIII. EL ARTÍCULO 183 TER Y LA ELIMINACIÓN DE LA REFERENCIA A LA INDIVIDUALIDAD LEGAL DETERMINADA DE LA EMPRESA

El proyecto de ley sobre el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios pretendía agregar al Código del Trabajo el artículo 183 ter nuevo, que introducía un concepto de empresa particular para los efectos del Título VII del Libro I del mencionado cuerpo legal, que regula el trabajo en régimen de subcontratación y en empresas de servicios transitorios, el que eliminaba toda referencia a la individualidad legal determinada de la empresa.

El artículo 183 ter tenía por objeto evitar que la subcontratación fuera utilizada como mecanismo para evadir obligaciones laborales y previsionales. Resaltaba el hecho que la mencionada definición era una copia del artículo 3º del Código del Trabajo, salvo en cuanto a que el artículo 183 ter omitía la parte final de la definición del artículo 3º, al no mencionar que la empresa debía tener una “*identidad legal determinada*”.

La eliminación de este elemento permitía al intérprete difuminar los límites legales de la empresa. Sustentada en el principio de la primacía de la realidad por sobre la simulación, y en la doctrina del

²⁸ Corte Suprema, Sentencia Rol N° 4.965 del 31 de diciembre de 2002, Considerando quinto, por la cual se ratifica sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción Rol N° 2775 de fecha 4 de diciembre de 2002 (lo destacado es del autor).

levantamiento del velo, la mencionada definición propugnaba hacer extensiva la responsabilidad por no pago de obligaciones previsionales a otras empresas, distintas a las directamente obligadas. Es decir, extendía, a manera de ejemplo, la responsabilidad por no pago de obligaciones previsionales no solo a la empresa contratista, subcontratista, o aquella que había requerido la prestación de servicios transitorios, sino que además empresas que estaban vinculadas con alguna de las entidades antedichas. Como consecuencia de lo anterior, se podría dar el caso de una compañía determinada que fuese confundida patrimonialmente con otra, si el intérprete establecía que debía responder de las obligaciones de esta, todo ello derivado de vinculaciones societarias que pudieran existir entre ambas.

El gobierno justificó la existencia del artículo 183 ter mediante la teoría del levantamiento del velo, indicando:

“La prescindencia de la persona jurídica es excepcional y únicamente para asegurar el ejercicio de los derechos laborales, sin que ello signifique atribuir al grupo de empresas en su conjunto una personalidad jurídica propia distinta a la de cada empresa que la integra. No se trata de desconocer una realidad jurídica para crear otra realidad jurídica; lo correcto es verificar si se ha hecho o no uso legítimo de la personalidad jurídica. Esta “unidad de empresa” es lo que en otras áreas del derecho se denomina el “levantamiento del velo”²⁹.

Como mencionamos en los capítulos anteriores, la empresa es una entidad dotada de individualidad propia, y si es producto del ejercicio del derecho de asociación, es además un grupo intermedio autónomo.

La definición del artículo 183 ter del Proyecto de Ley Boletín N° 2943-13 permitía al intérprete administrativo o judicial, sin limitación alguna, alterar la individualidad natural de los mencionados cuerpos intermedios, despojándolos de sus rasgos distintivos, y otorgándoles una identidad que las personas naturales o jurídicas no habían consentido en darle al momento de conformarlos.

Al alterar la esencia de una determinada agrupación, despojándola de su adecuada individualidad natural, se permitía lesionar gravemente la certeza jurídica, puesto que se violaba la libertad asociativa de los socios y la autonomía de la citada entidad. Igualmente, se les obligaba eventualmente a los socios a considerar a sus empresas

²⁹ Al respecto, consultese el escrito de observaciones presentado con fecha 8 de agosto de 2006.

fusionadas en los hechos con otro ente, incluso en contra de su efectiva voluntad, en violación flagrante del *affectio societatis*.

Identificar la disposición antedicha como una expresión de la teoría en comento era errado en su esencia. Ello, pues el levantamiento del velo es un procedimiento privativo de los tribunales de justicia, pero el artículo 183 ter del proyecto de ley no requería más que una interpretación administrativa, sin las limitaciones y precauciones que el propio escrito presentado por la Presidenta de la República había hecho mención. Por otra parte, la teoría del levantamiento del velo es una operación cognoscitiva de carácter neutro, que implica solamente una cotejo entre la cobertura formal de la persona jurídica, y la situación subyacente en el *substratum* de esta. En cambio, el artículo 183 ter acarreaba consecuencias jurídicas concretas de la mayor importancia, y que no se podían clasificar de ningún modo como producto de una simple operación de conocimiento.

Un indicativo más fuerte aún de la inherente dicotomía entre el precepto legal y la teoría del levantamiento del velo era que esta última es un mecanismo de *ultima ratio* y de carácter excepcional, que se utiliza solo cuando, según lo establezca la ley, se denuncie, se compruebe y el juez constate que se comete un fraude al Derecho. No puede ser de otro modo, pues la cantidad de derechos fundamentales que se violan al prescindir de la forma de la persona jurídica (derecho de asociación, libertad de empresa, libertad de contratación, etc.), la hacen una técnica extremadamente gravosa para la seguridad jurídica. En el caso del artículo 183 ter del proyecto de ley no se hacía ninguna referencia a casos, y mucho menos a hipótesis taxativas, en los cuales el intérprete podría difuminar los límites legales de la empresa. Es así como el artículo 183 ter eliminaba *per se* la individualidad legal para los efectos de dicho Título, dejando así que el intérprete judicial, administrativo u otro, pudiera desconocer la verdadera voluntad de las personas que, ejerciendo legítimamente sus derechos fundamentales, habían optado por dotar a una asociación de personalidad jurídica, delimitando su capital de riesgo y sus responsabilidades ulteriores. No se trataba de esta manera, si bien así arguyó el gobierno, de una acción de "levantamiento del velo", pues la norma derechamente permitía desconocer la individualidad legal, existiendo o no conductas de fraude, abriendo de esta manera la puerta, sin limitaciones, para afectar la individualidad natural de la asociación.

En otras palabras: la teoría del levantamiento del velo supone el abuso de la noción de la persona jurídica para cometer actividades que violentan la finalidad del legislador, esto es, una actividad dolosa en tal sentido, dolo que lógicamente debe probarse, mas no puede facultar al intérprete violentar el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica y el derecho de asociación, entre otros, si estos se ejercen dentro de los marcos constitucionales.

IX. CONCLUSIONES

El Tribunal Constitucional en Sentencia Rol N° 534 se pronunció respecto de un requerimiento que tenía por objeto que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 183 ter nuevo, contenido en el proyecto de ley sobre trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. En su sentencia, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de dicho precepto legal, fundado en que modificaba o incidía en normas relativas a la seguridad social, una materia perteneciente al campo de la iniciativa legal exclusiva del Jefe de Estado. Por ello, dado que el artículo en cuestión era producto de una indicación parlamentaria, vulneraba el artículo 65 inciso cuarto N° 6 de la Carta Fundamental. De esta manera, el Tribunal consideró que si una norma de un proyecto de ley modifica una norma de seguridad social o incide en ella, debía necesariamente ser materia de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Si bien los argumentos invocados por el Tribunal evitaron resolver sobre los temas de fondo que se plantearon, generaron indudablemente un debilitamiento mayor de las ya reducidas facultades legislativas de los integrantes del Congreso Nacional, lo que incidirá, por otro lado, probablemente en nuevos requerimientos para dilucidar con precisión la extensión de las materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

El hecho de que la declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional no se basara en los argumentos de fondo de los requirentes, importó que no se pronunciara respecto de las demás alegaciones, todas cuestiones no tan solo de gran importancia jurídica, sino de gran impacto en la vida económica y social del país.

La empresa está reconocida en forma expresa en la Constitución como se deriva tácitamente del ejercicio de diversos derechos cons-

titucionales. Entre los derechos que confluyen en la formación de empresas asociativas, está el derecho de asociación, de realizar cualquiera actividad económica, la libertad de contratación, a la propiedad y de propiedad, los cuales están reconocidos por la Ley Fundamental.

En especial, el ejercicio de la libertad de asociación que conduce el desarrollo de actividades empresariales da origen a las empresas, entidades que por su esencia detentan una individualidad natural y que, respetando las limitaciones constitucionales y cumpliendo las condiciones que la ley establece al efecto, adquieren además la personalidad jurídica. Dado que la Constitución garantiza ampliamente el derecho de asociación, igualmente garantiza la adecuada autonomía de los grupos intermedios para cumplir sus propios fines específicos.

La identidad legal determinada refleja la individualidad natural propia de todo grupo intermedio y constituye un supuesto básico de la seguridad jurídica que debe existir en un estado de derecho, pues sin este elemento, el ejercicio de cualquier derecho es incierto. Si la individualidad misma de una persona dependiera del arbitrio de un intérprete, entonces el ejercicio de los derechos no constituiría ya una facultad inalienable de toda persona, sino que una prerrogativa de la autoridad. En conclusión, el principio de la individualidad es un supuesto básico de los cuerpos intermedios, y su observancia constituye parte integrante de la seguridad jurídica sobre la cual dichas entidades deben actuar. Además, la certeza jurídica constituye indudablemente una de las condiciones esenciales que el Estado debe proporcionar para amparar el libre desarrollo de dichas organizaciones.

La teoría del levantamiento supone siempre el pleno respeto de la realidad. Por ello, el levantamiento del velo no puede contravenir el ejercicio legítimo de los derechos constitucionales, puesto que no es más que una herramienta interpretativa y cognoscitiva que tiene por objeto develar el *substratum* que yace tras el velo de la persona jurídica. De esta manera, la prevención de un fraude no puede llevar consigo la sanción de actividades lícitas y la vulneración de derechos fundamentales garantizados, ya no a los infractores o protagonistas del fraude, sino que a sujetos que actúan de manera lícita.

Una hipótesis de una amplitud tal como la que sostenía el artículo 183 ter, y que conlleve tan graves consecuencias como el descono-

cimiento de la individualidad natural de las asociaciones denominadas empresas, como el eventual despojo de la calidad jurídica de dichos sujetos, en su caso, no puede sino redundar en la lesión de los intereses generales de la comunidad nacional. Por otra parte, el artículo 183 ter constituía un medio desproporcionadamente violento para prevenir un fraude. Como comúnmente sucede cuando el temor y la incapacidad para buscar soluciones ajustadas a las hipótesis de hecho se hacen presentes, se termina utilizando medios que no guardan proporcionalidad con el fin perseguido.

Cuando con el pretexto de limitar y restringir la comisión de un fraude, permitimos alterar la naturaleza misma de los sujetos de derecho, es en ese preciso momento cuando amenazamos el legítimo ejercicio de los derechos constitucionales. Al otorgar un estatus indeterminado a la individualidad natural de los cuerpos intermedios como a la calidad jurídica de los sujetos, se lesiona *in actum* la facultad de las personas de ejercer sus derechos, y se destruye la seguridad jurídica propia de un estado de derecho.

Por ello, la nueva definición de empresa que contenía el artículo 183 ter del proyecto de ley permitía crear una ficción legal, en la cual dos o más empresas diversas podían ser consideradas como una misma entidad, no obstante la clara y delimitada personalidad jurídica e identidad natural de cada una de ellas, y sin que necesariamente existieran actos dolosos orientados a defraudar a terceros. Más claramente, ello implicaba crear personas con límites difusos, sujetos de derechos y obligaciones sin individualidad natural propia e identidad legal determinada. Consecuentemente, el citado precepto era inconstitucional en el fondo.

BIBLIOGRAFÍA

- BARDÓN, Álvaro (1997, 4^a ed.): *Manual de Economía* (Santiago, Editorial Andrés Bello).
- GILBERTO, Carlos (1995): *Tratado de las Sociedades* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ILLANES, Pablo (1999, 6^a ed.) *El sistema Empresa, Una visión integral de la administración* (Santiago Leeds Impresores).
- LARROULET, Cristián y MOCHÓN, Francisco (1998, 3^a ed.): *Economía* (Madrid, Editorial McGraw-Hill).
- Real Academia Española (1994): *Diccionario de la Lengua Española* (Madrid, Editorial Espasa-Calpe).
- LÓPEZ, Patricia (2003): *La Doctrina del Levantamiento del velo y la Instrumentalización de la Personalidad Jurídica* (Santiago, LexisNexis).
- ORTIZ, Gaspar (1995): *Principios Constitucionales de la Libertad de Empresa, Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo* (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas).
- OSSENBUHL, Fritz (1991): "Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn", 32 *Revista Española de Derecho Constitucional*.
- QUINZIO, Jorge (1969): *Manual de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RIBERA Teodoro y VIGUERA, Hernán (2000): "La empresa y su reconocimiento constitucional", 30 *Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Universidad de Valparaíso, Ediciones Edeval).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1963): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- URENDA, Carlos (1999): *Economía libre y solidaridad*, 75 Estudios Pùblicos (invierno) (Santiago, Centro de Estudios Pùblicos).

Una mirada económica y jurídica al fallo *Voissnet contra CTC* y su impacto en el esquema de libre competencia chileno

■ ■ ■

MARÍA DE LA LUZ DOMPER RODRÍGUEZ

*Investigadora Programa Económico, Libertad y Desarrollo
Profesora Instituto de Economía, Universidad Católica de Chile*

VÍCTOR MANUEL AVILÉS HERNÁNDEZ

Profesor Facultad de Derecho, Universidad de Chile

RESUMEN

El Tribunal de la Libre Competencia acogió parcialmente la demanda de Voissnet S.A. –empresa prestadora de servicios de telefonía a través de internet– y el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. La misma sentencia rechazó la demanda reconvencional de CTC en contra de Voissnet S.A. Este artículo intentará explicar y entender los argumentos de las partes en conflicto, desde la perspectiva económica y jurídica. Desde la económica, el argumento de CTC se basa en que buscaba proteger los ingresos calculados en el proceso tarifario vigente. A nuestro juicio, el TDLC debe velar por la existencia de acceso abierto al uso de la banda ancha para dar el servicio de VoIP. No obstante, existe una distorsión en la forma como se tarifica la telefonía fija o local: gran parte de los costos fijos del servicio se cobran vía SLM (cargo variable), con lo cual, si la empresa de telefonía fija pierde tráfico, deja de cubrir parte de sus costos. En este sentido, este es un punto que debiera tratar de solucionarse de cara a las futuras fijaciones tarifarias. Otro tema relevante es si, atendido los considerandos del fallo, se justificará a futuro la regulación en telefonía. Desde el punto de vista jurídico se describen una serie de principios constitucionales relevantes, contrastándose los mismos con la realidad del fallo en comento. Asimismo, se recalca cómo las consideraciones patrimoniales tarifarias no habilitan para alterar la competencia en los mercados. En efecto, el fallo considera abusivas ciertas conductas que si bien podrían tener justificación en inequidades tarifarias, atentan contra el bien jurídico de la libre competencia.

SUMARIO

I. Introducción. II. Una mirada económica al debate. 2.1 Telefonía IP. 2.2 Comentarios a la sentencia N° 45-2006. 2.3 Algunos conceptos económicos. III. La mirada jurídica. 3.1 Reflexiones preliminares. 3.2 Breve análisis constitucional de la normativa de la libre competencia en su aspecto sancionatorio. 3.3 Análisis del fallo a la luz de las reflexiones anteriores. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Voissnet S.A. (Voissnet), empresa prestadora de servicios de voz a través de internet, demandó a Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (CTC) por prácticas anticompetitivas que afectarían el derecho de los usuarios de banda ancha a acceder a una serie de prestaciones de internet. Con la demanda, Voissnet buscaría fomentar la competencia entre proveedores de acceso a servicios de internet (ISP) y un mayor desarrollo de los servicios mediante aplicaciones de internet (ASP), especialmente en materia de telecomunicaciones, como la telefonía IP (VoIP).

Básicamente, la demandante sostiene que CTC habría abusado de su posición dominante en los mercados de las telecomunicaciones –marcada por el dominio de las redes telefónicas– y de la banda ancha. En abuso de dicha posición, Voissnet estima que CTC habría impuesto barreras de acceso de competidores, especialmente de telefonía IP, de manera de proteger su negocio de telefonía tradicional, sustitutos uno del otro. Desde el punto de vista constitucional, los hechos denunciados constituirían un abuso a lo dispuesto en el N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

En resumen, la demanda de Voissnet indica como abusos:

- i) la imposición contractual que habría realizado CTC a sus clientes de acceso mayorista a banda ancha en cuanto prohibir a estos la prestación de servicios IP a terceros, a limitar la velocidad de acceso a una incompatible con la tecnología ADSL y a separar en precios entre usuarios con uno o varios computadores;
- ii) en dichos contratos y en los existentes entre los ISP y sus clientes, se habría limitado la instalación de equipos detrás del módem de CTC, el compartir el acceso con terceros y el enviar paquetes de información dentro de la red del cliente, todo ello sin autorización de CTC;
- iii) el supuesto bloqueo de las direcciones IP de los servidores de Voissnet a los clientes de banda ancha;
- iv) la venta de paquetes de servicios por parte de CTC, en los que incluiría por precios totales y fijos, servicios regulados –normalmente con tarifas variables– con otros no regulados, con subsidios cruzados de manera de asegurar los clientes y el mercado;

- v) la entrega de servicios de banda ancha a clientes mediante módem que habrían sido configurados para impedir el tráfico de voz mediante sistemas de telefonía IP;
- vi) la instalación de módem a los clientes con una puerta o conexión única USB que imposibilitaría el uso de artefactos para telefonía IP, en contra de las prácticas estándar, y;
- vii) la contratación con grandes clientes corporativos, en base a subsidios cruzados entre servicios regulados y no regulados, plasmados en la emisión de notas de crédito por descuento, de manera de capturar un precio final total más bajo que impida la competencia.

Voissnet, en el petitorio de su demanda, solicita:

- i) la aplicación de multas a CTC;
- ii) la modificación de los contratos que impugna entre CTC, los proveedores de acceso a internet (ISP) y las grandes corporaciones;
- iii) la dictación de instrucciones generales, y;
- iv) la solicitud al Presidente de la República del patrocinio para modificaciones legales.

Por su parte, CTC se defendió respondiendo la demanda y demandando reconvencionalmente. En opinión de CTC no existen barreras de ingreso al mercado de acceso a internet por banda ancha pues:

- i) el mismo se presta sin concesión (barrera legal), incluso con conexión a la red pública telefónica, con ciertas condiciones;
- ii) la propia legislación prevee la posibilidad de que terceros hagan ciertos usos de las redes de telefonía existentes incluso para servicios de internet, tarificándolos como servicios complementarios (elimina la economía de escala como barrera de acceso);
- iii) no existe una barrera de entrada asociada a grandes inversiones para proveer servicio de internet a clientes; e
- iv) incluso la propia CTC y otros actores ofrecen servicios de internet a mayoristas.

Adicionalmente, según CTC, existen grandes inversiones realizadas por los distintos prestadores de telefonía, mejorando la calidad del servicio. En cuanto al mercado de internet a través de banda ancha, el mismo es competitivo y evolutivo, por los nuevos actores que ingresan derivados de nuevas tecnologías. El acceso a banda ancha

de internet vía ADSL no es la única alternativa. Señala CTC que ha proveído acceso voluntario, transparente e igualitario, a todos los ISP para que operen en el mercado de la banda ancha, sin mayores inversiones. Indica que la telefonía IP no es sinónimo de telefonía en banda ancha, sino que es un concepto más amplio, en relación al cual CTC jamás ha opuesto resistencia en la medida que se cumplan las normas legales aplicables.

Según CTC, Voissnet es una empresa de esquema “parasitario”, toda vez que usa las inversiones en infraestructura existentes (telefonía, acceso a banda ancha e internet), agregando equipos marginales. Pese a eso, el servicio que presta Voissnet es jurídicamente igualable al que presta CTC y, con casi nulas inversiones, prestaría los servicios de manera anticompetitiva, *descremando* el mercado en perjuicio de quienes han invertido y en violación de las normas sectoriales aplicables.

CTC indica haber ofrecido servicios de desagregación de redes que permitirían a cualquier empresa invertir en ADSL y prestar servicios de internet por banda ancha a clientes. A dicho sistema podría haber ingresado Voissnet incluso para prestar servicios de telefonía IP.

Desde el punto de vista constitucional, CTC indica que ha invertido en instalaciones de su propiedad para prestar servicios de telefonía, por lo que de conformidad a lo dispuesto en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República puede hacer uso y goce de las mismas, sin que exista obligación alguna de poner sus redes al servicio de terceros para prestar servicios de telefonía.

Finalmente, en cuanto a la contestación de la demanda, CTC señala que no ha incurrido en conductas anticompetitivas, refutando los cargos uno a uno. Señala que los contratos de megavía suscritos con los ISP libremente solo tienen por objeto la conectividad a la banda ancha para servicios de internet. Indica que CTC no impone velocidades de acceso incompatibles con la tecnología ADSL, siendo las mismas contratadas libremente por el cliente. La diferenciación entre monousuarios y multiusuarios se justifica por consideraciones objetivas y la contratación en una u otra calidad es libre. Señala que la conexión a banda ancha que se entrega a clientes es solo para acceso a internet y ello explica que, para no afectar este servicio, deba prohibirse la existencia de terceros que intervengan el módem o los equipos. Indica que el servicio que presta es para internet y, por ello, no se bloquean direcciones IP válidas. Sostiene que los servicios a grandes corporaciones que asocian prestaciones regula-

das con no reguladas, y los precios diferenciales, se encuentran autorizados y se justifican en el tráfico. Indica que el bloqueo de puertos es una práctica normal, que puede buscar determinados fines lícitos, y que en el caso concreto, dado que el servicio es solo para internet, no se bloquee los puertos asociados al mismo. Indica que los módem que ofrece tienen sistemas alternativos de conexión, privilegiándose por su costo aquellos que son suficientes para los fines del contrato, cual es proveer servicios de internet.

Posteriormente, CTC ahonda sobre su opinión en cuanto a los efectos negativos de la telefonía IP, por cuanto no incentiva la inversión en telefonía sino que abusa de la infraestructura existente; no promueve la cobertura de servicios telefónicos, pues acceden quienes ya lo tienen; solo apunta a un sector de la población con acceso a computadores; es regresiva, por la relación entre los clientes de alto tráfico telefónico y los que tienen banda ancha, etc. Cita CTC la incidencia patrimonial (necesidad de recálculo de tarifas) que presenta el desvío de tráfico a la telefonía IP en relación al flujo considerado a efectos de calcular la tarifa aplicable sobre la empresa modelo. Lo anterior, favorecería a los clientes de mayor consumo (que cuentan con banda ancha) en perjuicio de los con menor consumo, quienes no acceden a banda ancha, sin que dicha transferencia de riqueza desde clientes de menores recursos a clientes de más recursos se compense con mayores eficiencias sociales.

Por su parte, CTC demandó reconvencionalmente a Voissnet para que el Tribunal corrija, reprema y prohíba los atentados a la libre competencia en que, en su opinión, dicha empresa habría incurrido. En efecto, como demuestra la actuación de la autoridad sectorial, Voissnet presta servicios de telefonía sin concesión, ni respetando las normas aplicables a las concesionarias de servicio público telefónico local. Lo anterior lo realizaría en base a inversiones marginales, usando instalaciones de terceros y sin realizar retribución alguna. Voissnet realizaría prácticas de *descrème* de los clientes de mayor tráfico, quienes son los que normalmente cuentan con acceso a banda ancha. De tal forma, afectaría la libre competencia pues prestaría los mismos servicios, a costa de terceros, y en condiciones ilegítimas más favorables.

El traslado de Voissnet a la demanda de CTC indica que el servicio de telefonía IP no es servicio público; no es regulado, pues es un servicio de internet ni, por ello, requiere concesión. En la misma línea, Voissnet tampoco habría hecho uso de los derechos propios

de un concesionario telefónico. Atendido lo dispuesto en el N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, sería inconstitucional aplicar a Voissnet un estatuto legal inexistente o previsto para otros efectos. Indica que la no realización de inversiones no configura una ventaja ilegítima –pues a ello apunta el sistema de interconexiones– precisando que su empresa ha invertido lo necesario para prestar sus servicios propios con alta calidad. Reflexiona sobre el hecho de que la calidad de la telefonía IP va en incremento y que dicho mercado no se encuentra cerrado a CTC. En cuanto al supuesto carácter parasitario, Voissnet indica que ya ha sido el cliente el que ha pagado a CTC sus costos. Sostiene que es falso que la tarifa existente no permita el financiamiento de CTC atendido los nuevos flujos, pues la actual tarifa se fijó en base a tecnologías obsoletas y caras. Finalmente, explica que no realiza *descrème*, sino que, por esencia, sus prestaciones requieren banda ancha y se encuentran abiertas a quienes la posean, sin distingo.

La Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) se hizo parte, señalando que CTC abusó de su posición de dominio al crear barreras artificiales de acceso a la competencia en el mercado de telefonía local, mediante imposiciones contractuales a sus clientes ISP. Señala que, por ser sustitutos, tanto la telefonía tradicional como la IP configuran un mismo mercado relevante. La telefonía IP requiere de acceso a banda ancha, mercado en que existe un duopolio, con un control del 50% por parte de CTC. Las cláusulas prohibitivas que CTC impone a sus clientes ISP serían la base del abuso contra la libre competencia, pues desde su posición de dominio en el mercado de acceso a banda ancha impide la competencia en el mercado de la telefonía. Indica que el acceso a internet por banda ancha es un mercado no regulado, donde se aplican las normas de la libre competencia, sin que se deba ejercer poder de mercado para crear barreras artificiales. Luego analiza otras conductas relativas a impedir la telefonía IP, tanto contractuales (discriminaciones) como técnicas y físicas. Las peticiones de la FNE tienden a ser similares a las de Voissnet.

Por su parte, Telmex Servicios Empresariales S.A. (“Telmex”) se hizo parte, alegando interés legítimo, pero sin peticiones concretas. En su opinión, todo servicio, cuyo objeto principal sea transmitir voz es telefonía y, por ello y con independencia de la tecnología que se utilice, debe someterse al mismo marco legal. Admitir la telefonía IP sin concesión involucra una violación de ley y una discriminación contra quienes cumplen las normas.

Resolviendo la controversia antes resumida, el Tribunal de la Libre Competencia (TDLC) acogió parcialmente la demanda de Voissnet contra CTC y le impuso a esta una multa cercana a US\$ 1.050.000. A juicio del TDLC, CTC incurrió en prácticas contrarias a la libre competencia, con el objeto de restringir la entrada de Voissnet y otros potenciales competidores al mercado de la prestación de servicios de telefonía a través de internet mediante la tecnología VoIP. En consecuencia, el TDLC ordenó eliminar de los contratos que CTC había suscrito con distintos proveedores de acceso a internet, todas las prohibiciones o restricciones al uso de la capacidad de ancho de banda para efectuar prestaciones de telefonía VoIP.

Desde la perspectiva de la economía, se intentará explicar y entender los argumentos de las partes en conflicto. El argumento de CTC se basaba en que quería proteger los ingresos calculados en el proceso tarifario vigente. A nuestro juicio, el TDLC debe velar por la existencia de acceso abierto al uso de la banda ancha para dar el servicio de VoIP. No obstante, existe una distorsión en la forma como se tarifica la telefonía fija o local: gran parte de los costos fijos del servicio se cobran vía SLM (cargo variable), con lo cual, si la empresa de telefonía fija pierde tráfico, deja de cubrir parte de sus costos. En este sentido, este es un punto que debiera tratar de solucionarse en las futuras fijaciones tarifarias.

Desde el punto de vista jurídico se describen una serie de principios constitucionales relevantes, contrastándose los mismos con la realidad del fallo en comento. Asimismo, se recalca cómo las consideraciones patrimoniales tarifarias no habilitan para alterar la competencia en los mercados. En efecto, el fallo considera abusivas ciertas conductas que si bien podrían tener justificación en inequidades tarifarias, atentan contra el bien jurídico libre competencia.

II. UNA MIRADA ECONÓMICA AL DEBATE

2.1 Telefonía IP

Tal como el Tribunal lo señala en la Sentencia, la telefonía IP es “un concepto general que engloba la prestación de telefonía mediante la utilización del protocolo IP”¹. La principal característica de la

¹ Véase Sentencia N° 45/2006, p. 7.

telefonía IP, respecto de la telefonía tradicional, es que en la telefonía IP la voz se transporta en paquetes por una red de datos.

Este tipo de telefonía puede darse sobre redes propias o sobre redes públicas, como la banda ancha, lo cual da origen a distintos tipos de telefonía IP, con distinta calidad de servicio, siendo menos manejable el tema calidad en las redes públicas. GALETOMIC Y SANHUEZA (2006)² definen muy bien los tres tipos de telefonía IP existentes en la actualidad, los cuales resumimos a continuación:

(a) *Red de Datos Privada*: Las empresas que ya cuentan con un sistema de red privada interna de datos, pueden contratar el servicio de telefonía IP y transportar el tráfico de voz entre sucursales, conectando los teléfonos de cada sucursal a equipos que concentran el tráfico. A estos equipos se les agrega un *soft switch* que cumple la función de etiquetar cada paquete de datos señalando su destino y prioridad dentro de la red de datos. Si la llamada es a un teléfono fijo tradicional, el proveedor de la red privada puede transformar los datos en señales de voz tradicional en protocolo TDM, mediante un *media gateway*³.

(b) *Commutación IP y el reemplazo del protocolo TDM*: este tipo de telefonía IP reemplaza el protocolo TDM, dentro de la red de telefonía local tradicional, es decir, reemplaza los procesos de conmutación y de transmisión tradicionales para poder conmutar y transmitir por una tecnología IP. Las unidades de línea son las que digitalizan y empaquetan la señal de voz del usuario. Se reemplaza la conmutación por un *switch* que identifica el destino de los datos de voz empaquetados y la transmisión tradicional se reemplaza por una red de datos privada y cerrada.

(c) *Voz sobre Banda Ancha*: para transmitir telefonía IP sobre banda ancha, se conecta un adaptador telefónico (AT o IAD) al módem ADSL que permite transportar datos por el par de cobre. Este adaptador transforma las señales de voz en paquetes de datos y viceversa. Una vez empaquetada la señal de voz, es transmitida igual que un mail, ingresan a la red de banda ancha y se le entregan en el servidor (o ISP) del proveedor de telefonía IP sobre banda ancha. Si la llamada es a un teléfono fijo, el proveedor de telefonía IP sobre banda ancha debe transformar los datos nueva-

² Véase GALETOMIC y SANHUEZA (2006).

³ Un equipo que hace de interface entre la red de datos y la red de telefonía local (PTR).

mente en señal de voz (protocolo TDM) y entregarlos a la empresa de telefonía tradicional.

Este servicio puede ofrecerlo cualquiera que invierta en adaptadores telefónicos y en un servidor conectado a internet. Interconectándose al servicio público de telefonía puede darle servicios de telefonía IP a los abonados de la red local, aprovechando tanto la infraestructura de la red de telefonía fija local y la red de banda ancha desplegada por el operador de ella.

La infraestructura de telefonía fija o local que utiliza quien otorga el servicio de voz sobre banda ancha es el par de cobre; el módem ADSL (al cual se le instala el adaptador telefónico, en el par de cobre en la casa del abonado), el cual permite transmitir datos y toda la infraestructura del ADSL⁴; la conexión a internet (provista por el ISP), y la red de infraestructura pública (par de cobre) que permite terminar la llamada en el teléfono del abonado de otro teléfono de la red de telefonía local o fija.

A diferencia de la telefonía tradicional, el tráfico de datos no es procesado por la red de conmutación y tampoco utiliza la red de transmisión de la telefonía tradicional. Estos datos navegan gracias a la conexión ISP por la red de internet. Como se señaló, solo se utiliza el par de cobre para comenzar y terminar llamadas de o a teléfonos fijos.

A diferencia de los otros dos tipos de telefonía IP, la voz sobre banda ancha viaja por una red pública, no privada, lo cual puede generar problemas de calidad del servicio. Asimismo, se diferencia de la conmutación IP, porque en el caso de voz sobre banda ancha, la voz se paquetiza en el mismo aparato telefónico, mediante un adaptador telefónico al módem ADSL.

Tal como señalan los autores, la economía básica de las redes de las compañías de telefonía tradicional no cambia con la voz sobre IP. “La voz sobre banda ancha sigue utilizando la red de acceso tradicional. Más aún, en la eventualidad que *toda* la telefonía se hiciera por Internet, la estructura de las redes locales terminaría siendo, después de todo, similar. En efecto, los pares de cobre residenciales necesariamente deberían llegar a una central, donde el tráfico ingresaría a una red de datos interconectada con inter-

⁴ Consiste en el módem ADSL, Splitter, DSLAM y redes de datos, todo lo cual permite la conexión al ISP.

net. Aunque, por supuesto, la conmutación podría hacerse en cualquier parte del mundo”⁵.

2.2 Comentarios a la Sentencia N° 45/2006

A continuación se comentan, desde la perspectiva económica, la respuesta del TDLC frente a las principales imputaciones hechas por Voissnet a CTC y una de las alegaciones y defensas señaladas CTC.

2.2.1 *Respecto de las restricciones contractuales impuestas en los contratos Megavía para impedir la prestación del servicio de VoIP*

A nuestro juicio, este tipo de restricción contractual efectivamente constituye una barrera a la entrada al mercado, tal como lo señala el TDLC. En efecto, el contrato de adhesión establece una restricción que señala explícitamente que los ISP que firmen dicho contrato con CTC, no podrán usar la capacidad de ancho de banda contratada para efectuar prestaciones de Telefonía IP, es decir, restringen la posibilidad de que ellos firmen un acuerdo con los ASPs para que puedan dar este tipo de servicio. Adicionalmente, impone una multa a quienes no cumplan con dicha restricción, multa que asciende a UF 10.000.

En la literatura económica es posible encontrar diferentes definiciones de barreras a la entrada^{6, 7}. Una de las más claras corresponde a la de STIGLER, quien las define como “cualquier costo que tiene que enfrentar la empresa entrante, en el cual no incurren o incurrieron las empresas establecidas”⁸. Estas barreras a la entrada le permiten, a la empresa establecida, obtener utilidades sobrenormales en el largo plazo.

¿Representa esta restricción una barrera a la entrada? Si aplicamos la definición de STIGLER se puede afirmar que es una barrera a la entrada, ya que la imposición de la restricción contractual es un impedimento para quienes quieran dar el servicio de VoIP, lo cual representa un costo adicional para ellos.

⁵ GALETOMIC y SANHUEZA (2006) p. 38.

⁶ Para una mayor profundización véase BESANKO, DRANOVE y SHANKEY, (1996) capítulo 11.

⁷ Véase DEMSETZ (1989) capítulo 2.

⁸ STIGLER (1968) p. 67.

¿Aumenta esta restricción las utilidades sobre normales de la empresa en el largo plazo o su poder de mercado?

El poder de mercado consiste en la capacidad de una empresa para decidir el precio que cobra (en el caso de poder monopólico). Claramente una empresa que tiene este poder opera en un mercado que no está en competencia perfecta (donde todos los agentes son tomadores de precios y ninguno puede afectarlo).

Quien tiene poder de mercado, lo ejerce al decidir el precio a cobrar por las unidades que vende. Venderá unidades siempre que el ingreso marginal que reciba, determinado por la demanda de los consumidores, sea superior al costo marginal de producir dichas unidades. Esta es una decisión racional, deriva de maximizar su utilidad con respecto a la cantidad producida⁹.

Generalmente, quien detenta poder de mercado vende unidades inferiores a las óptimas para la sociedad y a un precio superior al óptimo, con lo cual genera un costo social. El costo social que genera el monopolista deriva de que la cantidad ofrecida es inferior a la socialmente óptima. Esto se produce porque su curva de ingreso marginal no coincide con la curva de demanda que enfrenta (es inferior). Cabe tener presente que el costo social no se genera porque el precio sea superior al socialmente óptimo¹⁰.

¿Cuál es el precio óptimo a cobrar para el monopolista?¹¹ Dicho precio está determinado por la “Regla de Lerner”, la cual se obtiene maximizando su utilidad con respecto al precio¹². Esta regla indica que el poder de mercado de la empresa depende directamente de dos variables: de la elasticidad precio de la demanda del bien y del costo marginal de producción. Es así como empresas que operan en mercados con demandas más inelásticas, donde la presencia de bienes sustitutos es escasa, tienen mayor poder de mercado que empresas que operan con estructuras de costos similares pero en mercados con demandas más elásticas. Asimismo, las empresas más eficientes, que operan con una estructura de costos

⁹ Véase PASHIGIAN (1995) capítulo 8 y 9 y STIGLER (1968) capítulos 2, 3 y 4.

¹⁰ En efecto, puede darse el caso de que exista discriminación de precios perfecta, es decir, el productor le cobre a cada consumidor precios distintos equivalentes a su precio de reserva o lo máximo que está dispuesto a pagar por cada unidad del bien producido. En este caso, desaparece el costo social porque se produce la cantidad socialmente óptima.

¹¹ Véase DEMSETZ (1989) capítulo 7.

¹² La regla de Lerner se representa por la siguiente fórmula: $(P^* - CMg) / P^* = 1 / N$, donde N es la elasticidad precio de la demanda del bien.

menor, *ceteris paribus*, tienen mayores posibilidades de obtener un margen positivo.

No obstante, en el caso en comento, CTC por ser empresa dominante en el servicio de telefonía local o fija y por tener este características de monopolio natural, está sujeta a regulación de las tarifas. En efecto, cada 5 años a la empresa dominante se le fijan las tarifas a cobrar a los usuarios por los siguientes 5 años. En consecuencia, no puede hacer uso de su poder de mercado cobrando tarifas monopólicas, a menos que afecte e influya negativamente en el proceso tarifario mismo.

En efecto, el objetivo de la regulación es tratar de emular las condiciones de un mercado competitivo. En Chile prevalece un régimen de libertad tarifaria, salvo respecto de los cargos de acceso, interconexiones y aquellos servicios que el TDLC determine deben ser regulados por no contar con las condiciones de competencia suficientes. En el caso del sector de telecomunicaciones, hay que distinguir entre los servicios de telefonía local o fija, telefonía móvil y telefonía de larga distancia. El sector en el cual se centra más la regulación es en el de telefonía local o fija, porque, como se señaló, se considera que opera con características de monopolio natural. Solo al prestador dominante de telefonía local se le fijan tarifas, fijas y variables (SLM¹³), por lo que se habla de regulación asimétrica. En telefonía móvil se fijan cargos de acceso y tarifas de interconexión y todos los procesos tarifarios de las empresas móviles son simultáneos.

Para realizar los estudios tarifarios tanto el prestador de telefonía móvil como el de telefonía fija dominante proponen a la Subtel las bases técnico económicas. Estas bases incluyen:

- Período de análisis del estudio
- La tecnología de producción con la cual la empresa eficiente producirá el servicio regulado
- Los servicios que hay que regular (según opinión del Tribunal de la Libre Competencia)
- Las áreas tarifarias que la empresa regulada debe servir.
- Los criterios para calcular la tasa de costo de capital, para estimar la proyección de demanda, el criterio de indexación, etc.

¹³ Servicio Local Medido.

Una vez acordadas las bases técnico económicas¹⁴, tanto el prestador de telefonía móvil como el de telefonía fija dominante realizan el estudio tarifario. Los costos se calculan por área tarifaria, la cual se define como una zona geográfica donde el servicio es provisto por un concesionario dado. Los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Economía, a través de la Subtel, formulan objeciones y contraposiciones al estudio (para ello tienen un plazo de 4 meses). La empresa dispone solo de 30 días para evaluar y hacer observaciones a la respuesta del Ejecutivo. Existe una Comisión de peritos no permanente, conformada por al menos 3 personas, uno de los cuales es de común acuerdo y los otros dos nombrados por cada parte. La opinión de la Comisión de peritos no es vinculante. En consecuencia, los Ministerios de la Transportes y Telecomunicaciones y Economía definen la tarifa.

Dado este marco tarifario, existe una baja probabilidad de que la empresa dominante pueda ejercer mucho poder monopólico en la determinación de las tarifas a cobrar a los usuarios.

No obstante lo anterior, CTC podría querer mantener su posición de dominio evitando que aparezcan nuevos sustitutos al bien ofrecido, lo cual disminuye la elasticidad de la demanda del mercado, con lo cual atentaría contra la libre competencia. Así lo entiende el TDLC:

“Las Cláusulas evidentemente tienen por objeto restringir la libertad de los ISPs que contratan con CTC para brindar acceso de banda ancha a ASPs que prestan servicios de VoIP, lo que se ve facilitado por el poder de mercado de dicha compañía. Por ello, estas cláusulas impiden o dificultan significativamente a dichos ASPs, en la práctica, realizar una actividad económica lícita, perjudicando a los usuarios que demandan sus servicios. En otras palabras, estas cláusulas son una barrera a la entrada para la prestación de determinados servicios de internet. Dicha barrera es impuesta por la empresa dominante en telefonía fija, precisamente para impedir la entrada de esta nueva tecnología que compita con su actividad económica”¹⁵.

El poder de negociación que detenta CTC es el que finalmente limita la posibilidad de que los ISPs puedan contratar libremente la provisión de banda ancha con otras compañías. Como se señala en la sentencia, cuando comenzaron a firmarse los primeros contratos Megavía, CTC era la única empresa que ofrecía acceso abierto a banda ancha y, además, era dueña de la mayor parte de la red de

¹⁴ Si hay discrepancias resuelve una comisión de peritos.

¹⁵ Considerando 48.

telefonía fija o local del país (alrededor de un 76% en el 2001)¹⁶. Adicionalmente, señala el TDLC detenta una alta participación de mercado, la cual ascendía a 70,7% en junio del 2006¹⁷.

2.2.2 Respecto de la defensa de CTC: la restricción señalada se justificaría debido a la necesidad de la empresa de proteger los ingresos calculados en el proceso tarifario

El argumento de CTC, se basa en que “la telefonía sobre banda ancha bajo el modelo de negocio de Voissnet, opera bajo un esquema “parasitario” que aprovecha y usufructúa de la infraestructura de telecomunicaciones existente” (v. 2.7).

Estas empresas “que proveen telefonía sobre banda ancha están realizando una práctica anticompetitiva, en atención a que, sin efectuar inversiones –o efectuando inversiones meramente marginales– prestan el mismo servicio de telefonía que ofrecen las concesionarias locales a través de sus redes tradicionales” (v. 2.8)

Señala a continuación que los elementos que utiliza de manera parasitaria empresas como Voissnet serían:

- La infraestructura de la red pública telefónica, que incluye el par del cobre sobre el cual se monta el ADSL, y el resto de la red telefónica (mediante una interconexión) para terminar la llamada en otro teléfono de la red pública telefónica. (v.2.5 a)
- Se aprovechan de la infraestructura ADSL (consistente es el módem ADSL, splitter, DSLAM y redes de datos) (v.2.5 b)
- La conexión a internet, el equipamiento del ISP y la conexión a internet que este provee. (v.2.5c)

Dado estos argumentos CTC señala que las restricciones contractuales y técnicas que están presentes en sus contratos tendientes a impedir el desarrollo de la tecnología VoIP se justifican dada la necesidad de proteger los ingresos calculados en el proceso tarifario.

El TDLC, por su parte rechaza este argumento:

“el hecho de que las tarifas que se fijan a las empresas dominantes tienen el carácter de precios máximos y no mínimos, según lo dispone expresamente el artículo 30 H de la Ley General de Telecomunicaciones, y su

¹⁶ Considerando 46.

¹⁷ Considerando 47.

regulación tiene por preciso objeto evitar que dichas empresas fijen tarifas muy altas con el fin de obtener rentas sobrenormales o monopólicas”¹⁸ (dados su carácter de monopolios naturales).

Además, el TDLC añade que:

“la sola afirmación de CTC de que las limitaciones contractuales tienen por objeto proteger sus ingresos implica reconocer que su justificación fue impedir la merma de los mismos que provendría de una mayor competencia”¹⁹.

Por ello, el TDLC considera que tales restricciones son anticompetitivas e injustificables

“aun en el caso de que efectivamente se requieran para asegurar el financiamiento de la empresa, pues en toda actividad económica, incluso las reguladas, existen riesgos, entre los que se cuenta la aparición de nuevas tecnologías que puedan sustituir a las tradicionales, lo que obliga a las empresas preexistentes adaptarse a las nuevas condiciones del mercado o, de lo contrario, disminuir su rentabilidad”²⁰.

A nuestro juicio, el TDLC debe velar por la existencia de acceso abierto al uso de la banda ancha para dar el servicio de VoIP. En consecuencia, nos parece correcta su decisión de

“no admitir que CTC imponga limitaciones contractuales para restringir la competencia en el negocio de telefonía fija, aun cuando pudiesen estas tener como finalidad la de proteger sus inversiones en este mercado”²¹.

No obstante lo anterior, el TDLC reconoce que la prestación de banda ancha es un servicio no regulado que comparte algunos costos con la red telefónica²².

Dado lo cual cabe preguntarse si el problema de fondo no radica en la forma de tarificar el servicio de telefonía local o fija. La Ley General de Telecomunicaciones (LGT) establece en su Título V que “los costos a considerar para efectos de fijar tarifas a servicios regulados, corresponderán a los costos incrementales de una empresa eficiente, esto es, a los costos mínimos económicamente sustentables para producir cierta cantidad y calidad de servicio”²³.

¹⁸ Considerando 55.

¹⁹ Considerando 56.

²⁰ Ídem.

²¹ Considerando 60.

²² Considerando 57.

²³ Considerando 52.

Asimismo, sostiene el TDLC que la estructura tarifaria tradicional de la telefonía local

“considera que los costos que son independientes del tráfico deben recuperarse mediante el Servicio Línea Telefónica (SLT o cargo fijo mensual), en tanto que los costos que supuestamente dependen del tráfico deben recuperarse mediante el Servicio Local Medido (SLM), los Cargos de Acceso (CA) y de más prestaciones que se rarifican por tiempo”²⁴.

En consecuencia, dado que la telefonía de VoIP genera una disminución de tráfico en el servicio público telefónico, efectivamente se produce un problema de financiamiento si está distorsionada la forma como se tarifica la telefonía fija o local. Es decir, si gran parte de los costos fijos del servicio se cobran vía SLM (cargo variable), cada vez que la empresa de telefonía fija pierde tráfico, deja de cubrir parte de sus costos. Este es un punto que debiera tratar de solucionarse en las futuras fijaciones tarifarias, dado que no es un tema que competa analizar al TDLC.

Para analizar en mayor profundidad este tema, a continuación se hace un breve análisis de la estructura de costos de la industria.

Características de la Estructura de Costos de la Industria

El trabajo de GALETOMIC Y SANHUEZA (2006) concluye lo siguiente respecto de la economía básica de las telecomunicaciones:

Al tender la red se materializan economías de escala importantes. “Las fuentes de estas economías de escala son los costos fijos de establecer conexiones entre usuarios: los postes, las obras civiles necesarias para hundir tubos para cables y los edificios necesarios paraemplazar las centrales”²⁵.

Existen economías de escala en términos de densidad al tender la red de acceso, porque existen costos fijos de establecer conexiones entre usuarios, no obstante, ellos muestran que dichos costos son locales, es decir, hay que incurrir en un costo similar para replicar o extender la red fuera de dicha área.

Esta conclusión implica que “el principal determinante del costo por línea de cada área de servicio es la densidad (número de líneas por hectárea) y su penetración (la fracción de las líneas desplegadas

²⁴ Considerando 53.

²⁵ GALETOMIC Y SANHUEZA (2006) p. 39.

que efectivamente se conectan)²⁶. También señalan que “no se materializan economías de escala ‘tradicionales’, es decir, por la mera suma de líneas o ampliación del área cubierta”. Esto implica que una empresa grande, en el sentido que cubre un área geográfica más extensa, no necesariamente tendrá costos medios por línea menores que otra empresa que cubre un área geográfica más chica.

Los autores también encuentran economías de densidad en la red de acceso²⁷. Estas economías aparecen en la red de acceso secundaria debido a que la inversión necesaria para desplegar dicha red es indivisible. A medida que aumenta la densidad se aprovechan economías debido a la indivisibilidad de la inversión requerida para desplegar la red de acceso secundaria. Igual análisis sirve para explicar la existencia de economías de densidad en la red de acceso primaria, la inversión requerida para canalizar el cable primario no depende del número de abonados conectados a la red de teléfonos. Esta indivisibilidad genera economías de escala o de densidad en la red primaria.

También encuentran economías de penetración en la red de acceso secundaria debido a que a medida que aumenta la penetración, la infraestructura ya desplegada se utiliza más intensamente²⁸. En la red de acceso primaria, el número de pares de cobre dentro del cable primario es cercano al número de líneas en servicio, en consecuencia, no se producen economías de escala por penetración.

Los autores enfatizan mucho que estas economías de escala son locales, debido a que ellas aparecen cuando nuevas líneas se conectan en zonas ya cubiertas, pero si el aumento de usuarios ocurre en un área no cubierta, debe incurrirse en todo el costo de la inversión de la red de accesos secundaria y primaria.

Por otra parte, los datos numéricos analizados por los autores muestran que dichas economías de la red de acceso se compensan por el hecho de que el costo de tender la red en zonas más densas es mayor. En consecuencia, en las 25 áreas típicas analizadas por

²⁶ Ídem p. 5.

²⁷ La red de acceso cumple la función de conectar a cada usuario con su central. La red de acceso primaria solo se dimensiona para servir a los clientes que efectivamente se suscriben al servicio. La red de acceso secundaria ha sido desplegada para servir a todos los clientes potenciales del área.

²⁸ El número de pares de cobre desplegados aumenta con el número de abonados potenciales, por lo que conectar más usuarios en una misma área no requiere de inversiones adicionales.

ellos, en promedio, las zonas densas no tenían costos por línea más bajos.

Asimismo, existen economías de escala en la conmutación²⁹ y en el transporte³⁰. En la conmutación, ellas se generan debido a que las centrales de conmutación se albergan en edificios *ad hoc* y requieren equipos de energía y clima; también se trata de economías de escala locales, dado que no se materializan cuando la empresa decide ampliar su cobertura. Respecto de la red de transmisión, se requiere hacer obras para enterrar los cables. Estas inversiones no se ven afectadas por el número de líneas o por el tráfico, más bien dependen del tráfico generado en el horario de punta. En ambos casos, estas partes de la red son compartidas por todos los usuarios.

Además, sostienen que existen economías de ámbito, en la red de transmisión, dado que parte de la red de acceso primaria desplegada puede servir para canalizar la red de transmisión.

El costo de una red se reparte entre el acceso (47,9%), la conmutación (43,1%) y la transmisión (9%). Un 87,3% de los costos son insensibles al tráfico (87,3%). Los costos de la red de acceso dependen solamente del número de líneas conectadas y gran parte de los costos de conmutación (un 82,1%) no varían con el tráfico.

Respecto de los costos de la red de acceso, los autores concluyen que se incurre en tres tipos de costos al desplegar dicha red:

- (i) inversiones indivisibles como postes y canalizaciones que son función de la superficie cubierta, pero no del número de usuarios (red de acceso secundaria).
- (ii) El cable que va desde el teléfono de cada usuario a la central telefónica, el cual varía con el número de usuarios conectados (red de acceso primaria).
- (iii) Inversiones que permitan conectar un número mayor de usuarios. Estos costos varían con el número potencial de usuarios, dado que existen indivisibilidades en el tendido de la red de

²⁹ Es el establecimiento temporal de una ruta entre dos puntos (origen y destino). Dicha ruta es necesaria para establecer la comunicación entre los dos usuarios. Una vez terminada la conversación el circuito queda libre para que lo ocupe otro par de usuarios. El conmutador es un computador especializado que se ubica en la central de conmutación el cual permite identificar el origen y destino de una llamada y le asigna un circuito electrónico para que se complete dicha llamada.

³⁰ La red de transporte conecta a las centrales telefónicas entre sí.

acceso e incertidumbre respecto de los clientes futuros (red de acceso secundaria).

Este análisis permite concluir que los costos principales que enfrentan las empresas de telecomunicaciones son costos fijos, que hay economías de escala importantes y de ámbito que también están presentes.

Tal como señalamos en la sección sobre telefonía IP, la economía básica de las redes de las compañías de telefonía tradicional no cambia con la voz sobre IP. La voz sobre banda ancha sigue utilizando la red de acceso tradicional, básicamente utiliza los pares de cobre para empezar y/o terminar llamadas.

En consecuencia, si parte de los costos fijos no se cobran como costo fijo, sino que se cobran mediante el SLM que es un cargo variable, efectivamente se distorsionan las señales de precios de la industria.

Evidencia de la distorsión de cobro de cargos fijos y variables en la fijación de precios

El objetivo de la regulación de tarifas en aquellas actividades que operan con características de monopolio natural, es emular las condiciones de un mercado competitivo con el fin de proteger a los consumidores del cobro de precios monopólicos y de estimular las inversiones en el sector.

El modelo utilizado en Chile fija las tarifas a una empresa modelo eficiente, la cual es diferente a la empresa real y solo se restringe a las limitaciones geográficas y demográficas de esta. La idea es que la empresa regulada pueda emular a la empresa modelo eficiente, solo de esta manera logra obtener la rentabilidad igual a la tasa de costo de capital calculada en los estudios tarifarios. De esta forma, son de responsabilidad de la empresa real todas las ineficiencias en operación y/o gestión que pudieran existir.

En el sector de telecomunicaciones, la regulación de tarifas de la telefonía local o fija es asimétrica, por cuanto solo se le regulan las tarifas a la empresa que es dominante en el mercado.

La tarifa de la empresa telefónica dominante se regula porque se asume que no existen condiciones en el mercado que hagan posible un régimen de libertad tarifaria, dado que la actividad presenta economías de escala y de ámbito, que la configuran como monopolio natural.

Respecto de la fijación de tarifas de CTC, cabe señalar que en el último proceso tarifario, del 2004³¹, se definieron siete zonas primarias y tres tramos horarios. Para cada zona primaria y horario se definieron las siguientes tarifas, entre otras:

- Tarifa fija (\$/ línea al mes)
- Tarifa variable o SLM (Servicio Local Medido)
- Tarifa tramo local
- Tarifa prepago
- Tarifa teléfonos públicos (\$/segundo)
- Asistencia de operadora
- Tarifa de conexión
- Cargos a proveedores de servicios complementarios

El proceso tarifario también regula los cargos de acceso por interconexiones a otras empresas. Al respecto, se definieron nueve zonas primarias y tres tramos horarios.

Adicionalmente, se tarifican otros servicios, como los de desagregación de redes en cada zona primaria. Bajo este concepto se encuentra el cargo por habilitación del par de cobre, su renta mensual, supervisión de visitas, facilidades para el arriendo de terceros de otros servicios en línea, entre otros.

En términos globales, según el estudio de AGOSTINI Y SAAVEDRA (2005)³², los costos fijos de CTC, representan un 82% del costo total de la empresa, y los costos variables representan solo un 18%, considerando un tráfico de 691 minutos por línea al mes. No obstante, los autores muestran³³ que según el proceso tarifario del 2004, un 57% de dichos costos se paga vía cargo fijo y un 43% se paga vía cargo variable. Es decir, gran parte de los costos fijos se variabiliza (al ser financiados vía cargo variable o SLM).

En efecto, para un tráfico de 691 minutos, el costo variable por segundo es de \$2.170³⁴ y el costo fijo mensual es de \$9.911. Sin embargo, los ingresos por SLM, según lo establecido en el último

³¹ Véase Decreto N° 169, de mayo del 2004.

³² Véase AGOSTINI y SAAVEDRA (2005).

³³ Esta información también se encuentra en el trabajo de GALETOMIC y SANHUEZA (2005).

³⁴ \$3,14 por 691 min.

decreto tarifario, son de \$5.189³⁵ y la tarifa fija mensual es de \$6.886. Es decir, el margen que deja la tarifa variable por sobre el costo variable es de un 139% y la tarifa fija mensual no cubre completamente el costo fijo mensual. En otras palabras, la empresa financia casi un tercio de sus inversiones fijas vía cargo variable.

Lo anterior va a tener efectos importantes en el financiamiento de las empresas de telefonía fija, específicamente, en este caso de CTC. En efecto, tanto los estudios de GALETOVIC Y SANHUEZA (2005), como el estudio de PEÑA Y VIEYRA (2005)³⁶, señalan que la telefonía IP sobre banda ancha de terceros genera una migración de tráfico de clientes desde el servicio público telefónico hacia la telefonía IP. Según este último estudio, alrededor de un 19,8% de los clientes migrarían a este nuevo servicio (hasta 663.576 suscriptores). Lo cual equivale a 1.541 millones de minutos anuales (un 22,6% del total).

Dado el decreto tarifario actual, esto también genera un impacto en los clientes que permanecen en la telefonía tradicional. Según el estudio de PEÑA Y VIEYRA, si recalculamos las tarifas del servicio público telefónico de CTC, aplicando el decreto tarifario vigente, pero considerando la migración de clientes hacia la telefonía IP, el SLM subiría alrededor de un 26,9%. El impacto financiero para la telefonía local también es importante. Las pérdidas podrían ser de hasta US\$ 120, 87 millones anuales.

Desde la perspectiva de la libre competencia, sería justificable, en principio, la visión del Tribunal, al rechazar el argumento de CTC que justificaba las restricciones contractuales y técnicas para impedir el desarrollo de la tecnología VoIP por cuanto protegían los ingresos calculados en el proceso tarifario, ya que una restricción de uso de la banda ancha que parece anticompetitiva, y así lo entiende el Tribunal³⁷.

No obstante, conjuntamente con rechazar dicho argumento el Tribunal debió dejar en claro que existe una distorsión en la forma como se tarifica la telefonía fija o local: gran parte de los costos fijos del servicio se cobran vía SLM (cargo variable), con lo cual, si la empresa de telefonía pierde tráfico, deja de cubrir parte de sus costos y deteriora su funcionamiento, afectando no solo a los usuarios de telefonía fija sino también al servicio de banda ancha que se apoya

³⁵ Para un tráfico de 691 minutos (\$7,51 por 691 min.)

³⁶ Véase PEÑA y VIEYRA (2005).

³⁷ Considerando 55 y 56.

en la red telefónica fija. Junto con este reconocimiento, hubiera sido deseable que el Tribunal solicitara a la autoridad reguladora corregir la estructura tarifaria con el objeto de cobrar los costos fijos a través de un cargo fijo, y los costos variables mediante un costo variable.

2.2.3 Respecto de la discriminación por parte de CTC en las tarifas de los servicios de acceso de banda ancha entre clientes monousuarios y clientes multiusuarios

Tanto la empresa Voissnet (v. 1.2 letra a.) como la FNE (v. 5.6 letra a.) acusan a CTC de discriminación arbitraria entre clientes monousuarios (con un solo computador) y multiusuarios (con dos o más computadores), al cobrar una tarifa más alta a estos últimos que a los primeros. La Fiscalía señala que “en el servicio de banda ancha, la prestación está acotada a la velocidad ofrecida por el ISP para la transferencia de datos, la cual, dentro de una red local en el hogar del cliente, se divide según el número de computadores conectados y no representaría mayores costos para Megavía o para el ISP, salvo el *router* o *gateway* necesario para administrar la red local, la cual puede ser también propiedad del usuario y no necesariamente ofrecido por la empresa.”

En consecuencia, a juicio de la FNE, no debiera existir diferencia en costos para la empresa entre una conexión monousuario o multiusuario, salvo que ofrezca además del acceso a internet otros servicios como dirección IP fija, equipamiento diferente del módem ADSL en el lugar del usuario, etc.

Pero si este no es el caso, la FNE opina que no existe razón alguna que explique las diferencias en los precios “salvo la de generar ingresos excesivos para CTC, cuya posición de dominio le permite imponerla”.

CTC se defiende de la acusación (v. 2.11.3) “argumentando que ofrece abiertamente las dos modalidades (y no prohíbe ninguna de ellas), por ser propio del servicio de acceso de banda ancha a internet, siendo la contratación de una u otra modalidad una decisión exclusiva del cliente. La distinción según ‘monousuario’ o ‘multiusuario’ es plenamente justificable, ya que se debe a las diferentes intensidades de uso entre ambas modalidades, con la consiguiente diferenciación en costos, la que se traduce finalmente en distintas tarifas para ambas modalidades”. Para una misma velocí-

dad de transmisión, un cliente monousuario genera menor tráfico de información que un cliente multiusuario, en consecuencia, este último generaría un mayor costo.

Por su parte, el TDLC, considera

“que la discriminación descrita no constituye en sí misma un atentado a la libre competencia, pues es razonable esperar que una empresa que debe administrar una importante cartera de clientes busque un sistema de tarificación simplificado, que responda a las características del comportamiento esperado de los grandes grupos de clientes”³⁸.

En consecuencia, para el TDLC, a pesar de que reconoce que podría darse una situación bajo la cual clientes monousuarios cursen mayor tráfico que clientes multiusuarios, si se dedican a hacer uso de aplicaciones de internet que requieren mayor ancho de banda, por ejemplo, señala que “es más probable que en promedio los clientes multiusuarios utilicen mayor ancho de banda que los monousuarios”³⁹.

La literatura económica permite analizar racionalmente esta discusión. En primer lugar, se entiende que existe discriminación de precios cuando un mismo bien (o variedades de un mismo bien) se venden, ya sea al mismo consumidor o a consumidores distintos a precios netos diferentes. Se comparan precios netos: son los precios menos los costos asociados. No se comparan precios de vitrina.

El objetivo de la empresa al aplicar una estrategia de discriminación de precios es aumentar sus utilidades mediante la extracción o apropiación del excedente al consumidor.

Las condiciones para que exista discriminación de precios son básicamente, que la empresa tenga poder para determinar los precios de los servicios que vende y que no exista arbitraje. Existen dos tipos de arbitraje:

- a) *Arbitraje de Reventa*: consiste en que un tercero (arbitrador) compra unidades donde el precio neto es menor y las revende en el mercado con precio neto mayor. Existe una transferencia física de unidades de un mercado a otro. Se da con discriminación de precios de tercer grado.
- b) *Arbitraje Interpersonal*: se da cuando los consumidores no se autoclasifican donde corresponde, eligiendo el plan o bien desti-

³⁸ Considerando 65.

³⁹ Considerando 64.

nado para otro tipo de consumidores. Por ejemplo, clientes con baja demanda por uso del celular (solo para emergencias) eligen el plan destinado para clientes con alta demanda.

Por otra parte, la literatura económica reconoce tres tipos de discriminación de precios⁴⁰.

- a) *Discriminación de precios perfecta*: consiste en cobrarle a cada consumidor su precio de reserva (lo máximo que está dispuesto a pagar por unidad demandada). Se le extrae todo el excedente al consumidor. No genera costo social: se logra asignar la cantidad socialmente óptima.
- b) *Discriminación de precios de tercer grado*: se aplica cuando la empresa no dispone de información suficiente para discriminar perfectamente. Puede discriminar precios imperfectamente. Conoce la demanda de los distintos mercados e identifica quien pertenece a cada mercado. Las elasticidades precio de la demanda en cada mercado son distintas.
- c) *Discriminación de precios de segundo grado*: en este tipo, el productor conoce la demanda grupal (de un consumidor representativo), no la individual. Tampoco puede identificar quién pertenece a qué grupo de consumidores. Ofrece un menú de alternativas de precios y deja que el consumidor se autoclasifique, eligiendo el plan que lo deje con mayor excedente. Con el menú de tarifa en dos partes logra extraerle excedente a ambos grupos de clientes. Debe evitar el arbitraje interpersonal para poder aplicar este tipo de discriminación.

Este es el tipo de discriminación de precios que se ha utilizado en otros casos para extraer excedente a los consumidores, al ofrecerles distintos menús de tarifas diferenciadas por intensidad de uso. A continuación, se analiza cómo se lleva a cabo este tipo de discriminación por intensidad de uso. Cabe tener presente que los autores no conocemos cómo es la política de precios que aplica CTC a sus clientes y tampoco se da detalle al respecto en la Sentencia en comento. En consecuencia, se previene que se trata de un análisis teórico y que en ningún caso presuponemos que esto es lo que ha llevado a cabo la empresa. Como se señaló falta información para poder afirmarlo.

⁴⁰ Véase PASHIGIAN (1995), capítulo 12.

Para discriminar precios en segundo grado se utiliza un “Menú de Tarifa en dos Partes”. El menú de tarifa en dos partes consiste en distintas tarifas en dos partes que se le ofrecen al consumidor para que elija la alternativa (o el plan) que más le convenga. ¿Qué es una Tarifa en dos Partes? Es un precio compuesto de un cargo variable (\$/unidad consumida) y un cargo fijo (el cual es independiente del número de unidades consumidas).

La tarifa en dos partes uniforme no discrimina precios y se utiliza muchísimo⁴¹, por ejemplo, en la tarificación del servicio de agua potable, en los parques de diversiones como el Mampato, en algunos pub, etc. Consiste simplemente en cobrar dos cargos, a todos los clientes por igual (independientemente de cuánto compre y de quién sea), un precio por unidad consumida y un cargo fijo.

El menú de tarifa en dos partes puede utilizarse para discriminar precios en segundo grado por intensidad de uso⁴². En efecto, supongamos que hay dos grupos de consumidores: los monousuarios (de baja demanda o menor tráfico de información) y los multiusuarios (de alta demanda y mayor tráfico de información) y que el costo marginal de servir a ambos grupos de consumidores es el mismo, en consecuencia, si se cobran precios netos diferentes, entonces hay discriminación de precios. Cabe recordar que bajo este tipo de discriminación de precios no es posible para el oferente distinguir quién está en qué grupo hasta que el usuario revela sus preferencias eligiendo uno de los planes (el de monousuario o el de multiusuario). La idea es que el productor le venda a ambos tipos de consumidores.

¿Cómo discrimina precios en segundo grado por intensidad de uso? Ofrece dos alternativas de tarifa en dos partes. La idea es que los clientes con alta demanda (multiusuarios) paguen poco por unidad consumida (o minuto utilizado) y mayor cargo fijo (grupo 1). Y que los clientes con baja demanda (monousuarios) paguen mayor precio por unidad y menor cargo fijo (grupo 2).

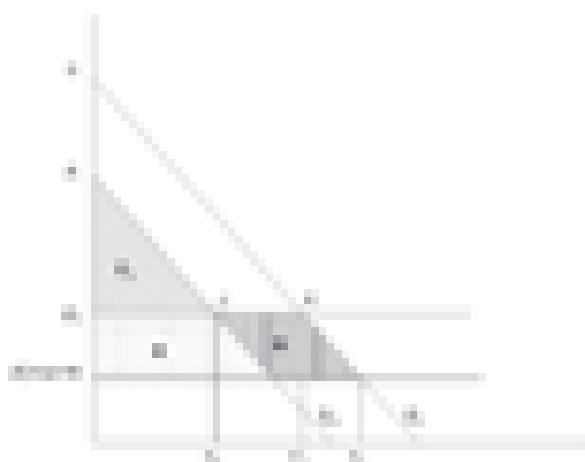
En el gráfico N° 1 se presenta la situación de ambos grupos. Los clientes multiusuarios tienen una demanda mayor (D1) y los clientes monousuarios una demanda más baja (D2). A ambos se les ofrece el siguiente menú de tarifa en dos partes:

⁴¹ Véase OI (1971).

⁴² Véase BLACKSTONE (1975) p. 189.

Alternativa A: pagar cargo fijo igual a F_2 y precio por unidad consumida (o minuto utilizado) igual a P'_2 .

Gráfico N° 1



Alternativa B: pagar cargo fijo igual a $(F_2 + \text{área } R + \text{área } W)$ y precio por unidad consumida (o minuto utilizado) igual a P_1 (el cual es prácticamente igual al costo marginal de producción (m)).

En este escenario los clientes de baja demanda o monousuarios solo pueden elegir la alternativa 1, dado que no pueden pagar el alto costo fijo que significa la alternativa 1⁴³. Si eligen dicha alternativa, no se quedan con excedente al consumidor, ya que al precio P'_2 consumen X'_2 unidades y pagan como costo fijo el área F_2 .

Los clientes de alta demanda o multiusuarios, por su parte, pueden elegir la alternativa A, o bien la B. Si eligen la tarifa en dos partes A, pagan P'_2 por unidad consumida (y consumen X'_1 unidades a ese precio) y pagan un cargo fijo igual al área F_2 , dado lo cual se quedan con un excedente al consumidor igual al área $ABKJ$.

El objetivo del productor al ofrecerle un menú de tarifa en dos partes, es diseñarle una alternativa que deje al grupo de alta demanda con el mismo excedente que este obtiene si elige el plan diseñado para el otro grupo, de esta manera el productor se puede apropiar de parte de su excedente. En efecto, en este caso, si el grupo de alta demanda (grupo 2 en el gráfico) elige la alternativa B, paga P_1

⁴³ Cabe señalar que la máxima disposición a pagar de un usuario está dada por su curva de demanda, la que indica cuál es su precio de reserva o lo máximo que está dispuesto a pagar por cada unidad consumida).

por unidad consumida (y consume X_1 unidades), con lo cual su excedente sería igual al área del triángulo que queda bajo la curva de demanda D_1 y sobre el precio P_1 . ¿Cómo le extrae excedente a este grupo de consumidores? No solo cobrándole como cargo fijo el área F_2 , sino también el área R y el área W . De esta manera, lo deja indiferente entre ambas tarifas en dos partes (alternativa A y B), ya que las dos lo dejan con un excedente igual al área $ABKJ$.

Cabe señalar que este análisis supone que el costo marginal de servir a ambos grupos de clientes (mono y multiusuarios) es el mismo.

2.3 Algunos conceptos económicos

Para una mayor comprensión del texto, a continuación se definen algunos conceptos económicos:

a) *Economías de escala*: se generan cuando los costos medios de producción disminuyen a medida que aumenta la cantidad producida, suponiendo que los precios de los factores productivos no cambia. Esto se puede deber a inversiones en grandes costos fijos, indivisibles, que una vez realizados se financian mediante una producción mayor.

Por lo general dentro de las economías de escala se distingue entre las “economías tecnológicas”, que surgen al producir grandes cantidades de un producto determinado en plantas de gran tamaño, y las “economías administrativas o financieras”, aquellas que surgen de una mejor división administrativa del trabajo y de la reducción en costos unitarios que resulta cuando las compras, las ventas y las transacciones financieras se pueden hacer a gran escala. Es común que ambos tipos de economías estén relacionadas. El tamaño óptimo de la firma no es independiente de las economías tecnológicas, así como tampoco es independiente de las economías administrativas y financieras.

Las economías de escala tecnológicas aparecen cuando un cambio en las cantidades y tipos de recursos utilizados permiten una mayor producción a un menor costo promedio, ya sea por una mayor especialización del trabajo, técnicas de línea de ensamblaje, etc.

El efecto de un cambio tecnológico depende no solo de la producción física de una combinación de variables, pero también de los precios de los factores de producción usados. Si un cambio tecnológico hace necesaria una mayor adquisición de factores costosos,

como mejor equipo de capital o mano de obra más capacitada, quizás no haya un ahorro de costos con la mayor producción, por lo que podría ser más eficiente una planta de menor tamaño. De manera parecida, si los costos de transporte de la materia prima o el producto terminado son altos, una planta podría enfrentar costos crecientes al aumentar su producción, por lo que el tamaño más eficiente podría verse limitado.

Sin embargo, por lo general cuando la escala de producción es aumentada, las consideraciones tecnológicas suelen ser de tal importancia que los aumentos de costos de factores pasan a ser insignificantes. Por lo tanto, cuando una economía tecnológica de escala es muy grande y puede lograrse sin la ayuda de un factor productivo excepcionalmente escaso y más que compensa cualquier aumento en el costo de transporte al aumentar la producción, el tamaño de planta capaz de sobrevivir en la industria tendrá que ser lo suficientemente grande para poder tomar ventaja de los métodos de producción que hagan posible el beneficiarse de la mayor parte de estas economías de escala.

Las economías de escala administrativas incluyen a las economías de marketing, financieras, y de investigación.

Cuando una mayor producción se puede lograr de manera más barata que una menor producción sin ningún cambio en las técnicas utilizadas, sino porque al haber una mayor escala de operaciones es posible usar talento administrativo especializado, este ahorro en costos puede clasificarse como una economía de escala administrativa.

Otras economías de escala administrativas provienen de la mayor eficiencia que resulta del empleo de personal de ventas especializado y del producir en una escala suficientemente extensa como para hacer uso de toda su capacidad de ventas. También puede haber economías al realizar transacciones grandes y en manejar cantidades al por mayor; al mantener un programa de publicidad lo suficientemente extensivo como para asegurar no solo el conocimiento de todos los clientes potenciales del producto y sus características, sino también el persuadirlos de que requieren de una marca específica de este; y al mantener una organización de ventas que llegue en buena parte al consumidor.

b) Economías de densidad: son economías de escala que se generan cuando los costos medios de producción disminuyen a medida que aumenta el número de clientes o de suscriptores o abonados. Solo

se pueden aprovechar si los clientes se ubican dentro de un área geográfica determinada, o bien, podrían existir economías de densidad temporales, las cuales se generan si existen economías de escala que se pueden materializar cuando un grupo consume dentro del mismo período de tiempo⁴⁴.

c) *Economías de ámbito*⁴⁵ o *de alcance*⁴⁶: Existen economías de ámbito o de alcance cuando el costo total de producir los bienes en forma conjunta es menor que el costo total de producirlos en forma separada, es decir, existe un ahorro de costos que deriva de la producción conjunta de los bienes.

Las economías de ámbito pueden producirse en los costos fijos, cuando se comparte un costo fijo entre varios productos, como puede ser el costo de los postes en las calles, el cual es compartido por los cables de electricidad, teléfono, TV cable, etc. Esta economía de ámbito es independiente de la escala de producción del bien.

También existen economías de ámbito en los costos variables. En este caso la economía de ámbito puede mostrarse de dos formas: al variar la escala de producción de un solo producto manteniendo la escala de producción del resto de los bienes constante, o bien, al variar la composición de la producción manteniendo el uso de los insumos constante.

En el primer caso, se habla de complementariedad de costos. Esta economía de ámbito o de alcance se genera cuando al aumentar la escala de producción de un bien, disminuye el costo marginal de producir el otro bien.

En el segundo caso, las economías de ámbito aparecen al variar la composición de la producción, simplemente porque al producir ambos bienes en forma conjunta es posible producir más de los dos.

d) *Externalidades de red*: En las redes de doble sentido, por ejemplo, redes de internet, telefonía, etc., donde se vincula a distintos usuarios, estos obtienen externalidades positivas, dado que el valor por unidad de los servicios proveídos aumenta a medida que aumenta el tamaño de la red. Es así como una red telefónica que tenga un solo usuario no vale nada. Una red que conecta a dos usuarios

⁴⁴ Véase GALETOMIC y SANHUEZA (2006).

⁴⁵ Véase VALDÉS (1996).

⁴⁶ Véase BAYE (2006) pp. 189-90.

vale más, pero vale menos para un usuario que puede conectarse a una red de tres o más usuarios. Al añadir un usuario más a la red se beneficia directamente añadiendo 2 conexiones potenciales⁴⁷.

En consecuencia, estas externalidades de red se generan cuando el consumidor obtiene utilidad no solo de su propio consumo o uso de un determinado bien, sino también por la extensión con que se utiliza por otros consumidores. El valor para cada usuario depende directamente de cuántos usuarios utilizan la red. Esta es la principal diferencia con las red de un sentido⁴⁸.

Adicionalmente, existen las externalidades indirectas de red, o complementariedad de red, las cuales derivan del crecimiento de la utilización de una determinada red. Por ejemplo, el arriendo de películas, bajo el sistema Beta versus VHS. A pesar de que, según la opinión de varios entendidos, Beta superaba a VHS en términos de calidad, el consumidor prefiere el sistema de uso mayoritario, VHS, dado que existirán más productos en *stock* de dicho formato. Este sistema se consolidó gracias a las importantes externalidades indirectas de red existentes. Asimismo, el uso creciente de internet ha dado lugar a productos complementarios, como los programas informáticos para dar videoconferencias. Dado los grandes costos fijos en que se debe incurrir para desarrollar la tecnología se requiere de un gran número de usuarios de internet que justifique el desarrollo de él. Mientras más software se desarrollen, más valioso es para el usuario internet.

Esto mismo sucede al adquirir un computador y su sistema operativo, por ejemplo, PC o Macintosh, la cual también está determinada e influenciada por la decisión de compra del resto de los usuarios. Existen externalidades de red que hacen más valioso para el usuario comprar el sistema operativo que se impone en el mercado, de tal manera de poder conversar y transmitir información sin dificultad con el resto de los usuarios.

Algunos economistas que hablan de externalidades de redes son ECONOMIDES Y SALOP (1992)⁴⁹. Según ellos, las externalidades de redes surgen cuando las demandas están interrelacionadas. En con-

⁴⁷ Una red de doble sentido que vincula a n usuarios ofrece $n(n-1)$ servicios de conexión potenciales.

⁴⁸ Las redes de un sentido, como las redes de agua potable, se caracterizan porque los usuarios no se ven beneficiados por el hecho de que otros se conecten también.

⁴⁹ Véase JOURNAL OF INDUSTRIAL ECONOMIES (1992).

secuencia, si no existe coordinación en las decisiones de producción, se puede generar algún grado de ineficiencia. Cournot fue el primero en enfatizar esta relación de complementariedad entre insumos. El demostró que si el zinc y el cobre, ambos insumos complementarios para producir plaqüé, se producen separadamente, el precio del plaqüé será mayor y la cantidad de plaqüé producida será inferior a la socialmente óptima. El problema con la decisión separada es que la decisión de precio de cada productor tiene un impacto en la demanda del otro. Es decir, la política de precios de una empresa impone una externalidad en la otra empresa. En esta situación, una fusión o la creación de un negocio en red para coordinar las decisiones puede producir importantes ventajas para ambos productores y para la sociedad.

Debemos tener presente que este análisis no es aplicable a todas las situaciones. En efecto, puede no representar el caso de Microsoft versus Nestcape, por ejemplo, dado que en este caso la complementariedad de bienes es solo en un sentido, es decir, uno requiere un sistema operativo, por ejemplo Windows para usar un *web browser* como Internet Explorer, sin embargo, no se necesita un *browser* para usar un sistema operativo.

III. UNA MIRADA JURÍDICA

3.1 Una reflexión preliminar

De tiempo en tiempo y parafraseando a los jueces americanos Posner y Bork, la experiencia nos demuestra que cada vez que, so pretexto de interpretar y aplicar la ley, se olvida su texto para consultar su espíritu e incluso su historia, se corre grave peligro de mirar incluso más allá de él, esto es, al interior de uno mismo⁵⁰. Es la vigencia del texto de la ley, precisamente, la base de cualquier garantía de igualdad, por sobre consideraciones personales de cualquier especie o el buen deseo de promover determinadas políticas públicas.

Es por ello que, en beneficio de la seguridad y la certeza jurídicas, siempre es bueno recordar las verdades procesales y constitucionales.

⁵⁰ POSNER, RICHARD A., Overcoming Law, Bork and Beethoven, 1995, publicado en www.law.umkc.edu/faculty/projects/trials/conlaw/interp.html, citando a BORK, ROBERT, en Tempting of America.

les que cimientan nuestro sistema procesal y sancionatorio, como pretende este comentario. En materia de libre competencia, en donde los tipos son amplios y el poder entregado a sus autoridades enorme, estas antiguas verdades toman más y renovadas fuerzas. Paradójicamente, será el desarrollo de los mercados el que agradecerá este recordatorio.

3.2 Breve análisis constitucional de la normativa de la libre competencia en su aspecto sancionatorio

Sin pretender siquiera introducir la gran cantidad de temas que podrían quedar comprendidos dentro del título anterior, no quiero dejar de aprovechar esta instancia para volver sobre algunas consideraciones constitucionales relevantes al momento de aplicar en Chile la normativa sobre la libre competencia, en especial, en materia sancionatoria. Este análisis es siempre importante, toda vez que la normativa de la libre competencia es uno de los dos o tres campos de la acción estatal jurisdiccional donde, por imposición de la necesidad, las potestades públicas son más amplias de lo aconsejable.

Adicionalmente, este análisis es relevante toda vez que en estas materias se aprecia cierta tendencia a la formalidad o formalización, en cuanto al requerimiento de sanciones en base a consideraciones meramente económicas y, lo que es más grave, la constante importación de soluciones dadas en otras latitudes. La reiterada referencia anglosajona es siempre ilustrativa, pero atendido que los sistemas de derecho son integrales y tienen sus contrapesos muchas veces en instituciones diferentes a la que se analiza en particular, no es posible importar solo algunos aspectos de ellos sin poner en peligro, a su vez, la certeza jurídica y la justicia en el sistema receptor.

El enorme poder de la estructura de la libre competencia ha sido prudentemente ejercido por nuestros tribunales especiales y, de caso contrario, adecuadamente controlado por la Corte Suprema. La amplitud de los tipos que se persiguen, que a lo menos deben tender a identificarse claramente con el bien jurídico resguardado como se volverá más adelante, exige con especial fuerza una constante revisión de la constitucionalidad del proceder de los órganos de la libre competencia. Aún más, ni la conformación heterogénea del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, donde conviven eficientemente abogados y profesionales del sector económico, ni

las novedosas formas que adoptan los atentados al bien jurídico resguardado permiten soslayar la completa aplicación de la normativa constitucional y sus garantías, todo ello en el marco de un sistema de derecho escrito, donde incluso la más uniforme repetición de precedentes no es más que una referencia. Tal forma de proceder es esencial para el resguardo de otros bienes jurídicos relevantes, incluso para la buena operación de los mercados como asignadores eficientes de recursos, cuales son la seguridad y la certeza jurídica.

La libre competencia, como bien jurídico tiene raíces en la propia Constitución Política de la República –en cuanto constituye la expresión y conjunción de la libertad e igualdad en los mercados– y en la protección de un orden público económico reconocido, como situación, en ella. Tal base constitucional –origen que, por lo demás, comparte con la gran mayoría de los bienes jurídicos que tienen, incluso, protección penal– y, sin duda, su gran importancia para permitir que los mercados apunten hacia lograr la importante labor que se entrega a ellos, no permite olvidar una conclusión básica, a saber, los procesos tendientes a la represión de conductas atentatorias a la libre competencia quedan amparados por un conjunto de garantías constitucionales, de tipo sustancial y procedimental.

En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han reconocido que en Chile existe un solo *ius puniendi* o potestad sancionatoria del Estado, con una sola base constitucional y, por lo mismo, con un único conjunto de principios y límites aplicables⁵¹. Lo anterior, entre otras razones, por el hecho que de no poder ampararse las potestades sancionatorias no penales en las normativas constitucionales del *ius puniendi*, aquellas quedarían sin amparo constitucional posible.

La normativa de la libre competencia, al menos en su fase sancionatoria, por cierto, no escapa a la aplicación de este marco constitucional. Aún más, es imposible conceptualizar las penas contenidas en estas normas como meramente administrativas, toda vez que son aplicadas –y no simplemente revisadas– por un tribunal. Así, con ciertos niveles de profundidad e incluso para aquellos casos de

⁵¹ Tal posición la han asumido en Chile, entre otros, BERMÚDEZ (1998), FELIU (2003), SOTO KLOSS (1992), etc. En España han desarrollado estas tesis NIETO y GARCÍA DE ENTERRÍA, entre otros.

sanciones administrativas, ya son múltiples los fallos de nuestra justicia constitucional y ordinaria que han llegado a esta conclusión⁵².

Dentro de los principios constitucionales del *ius puniendi* que resultan plenamente aplicables al derecho de la libre competencia se encuentran, entre otros, el del bien jurídico; el de la reserva de ley y tipicidad de la pena y de la conducta sancionada; el de la culpabilidad; el de la carga de la prueba, y el conjunto de principios propios del debido proceso. A continuación se analizarán algunos aspectos de estos principios.

3.2.1 El principio del bien jurídico

Este principio del *ius puniendi* humanitario tiene su origen en reconocer que la sanción es la *ultima ratio* del derecho, cuando la protección de bienes o valores de relevancia jurídica, es decir social, requiere acudir al drástico expediente de la pena en sus múltiples formas. Al ser la protección de los bienes o valores relevantes jurídicamente la finalidad que justifica la existencia de la pena, todo tipo sancionatorio debe tender a la protección de un bien jurídico y no meramente al resguardo de la decisión de una autoridad, en abstracto. Así, según las características del bien jurídico y la gravedad de los alcances de una afección al mismo, el legislador debe optar por sancionar cuando se ha afectado el objeto de protección –ilícitos de daño– o, incluso antes, cuando el mismo se ha amenazado, caso de los ilícitos de peligro. El peligro o amenaza sancionable puede ser real, es decir, la acción efectivamente pudo afectar el bien, o abstracto, es decir, basta que potencialmente haya podido hacerlo o ello se presume.

La tendencia general en delitos relativos a la protección del conjunto de bienes jurídicos que existen tras la noción de orden público

⁵² Por ejemplo, en cuanto a hacer aplicable los principios del *ius puniendi* incluso a las potestades sancionatorias administrativas, se sugiere ver los siguientes fallos del Tribunal Constitucional: i) el del rol número 24, de 1984; ii) el del rol número 244, de 1996, y iii) el del rol número 437, de 2005. Más reciente aún, por ejemplo, el fallo del rol 479 es contundente y claro a este respecto. En efecto, en el considerando sexto señala "...esta Magistratura ha sostenido ya en múltiples oportunidades, que al llamado derecho administrativo sancionador y a la actividad sancionadora de la administración sí se les aplica el principio de legalidad (particularmente en la sentencia de 27 de julio recién pasado, rol 480)". Uno de los casos previos en que se manifestó esta conclusión de forma más tajante se encuentra en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el rol 244 de 1996, particularmente en su considerando noveno.

económico, por la importancia de los mismos, la novedad de los atentados y la dificultad de la prueba, es a que los tipos sean de peligro. Ello explica que el artículo 3º del DL N° 211 de 1973 opte por sancionar no solo el acto que “impida, restrinja o entorpezca la libre competencia” sino también el que “tienda a producir dichos efectos”. De esta forma, la comprobación del daño al bien jurídico no constituye, necesariamente, un elemento del tipo⁵³.

Toda la acción de la FNE y del TDLC debe apuntar a la protección y promoción de este bien jurídico, reprimiendo las conductas culpables –concepto diferente al de culposas– cuyo objetivo ha sido afectarlo. En el caso del DL N° 211 de 1973, el bien jurídico resguardado se encuentra clara y expresamente establecido en varias de sus normas, destacando el artículo 2º que señala como finalidad de los órganos legales y de la ley misma “el resguardo de la libre competencia en los mercados”. La libre competencia es la causa eficiente y final de la actuación de los organismos de protección de la libre competencia. Asimismo, la libre competencia debe tenerse presente al momento de interpretar las normas aplicables, especialmente el artículo 3º del DL N° 211. Solo la afección o posible afección de la libre competencia puede gatillar el accionar de los organismos que prevé la ley, los que operan –precisamente– para la protección y promoción de la misma. La existencia de un mercado no competitivo, en donde actúan monopolios de una forma no dirigida a la afección de la libre competencia –como serían consolidar la posición dominante o protegerla– no constituye un atentado a la libre competencia y, por lo mismo, no es una conducta punible a la luz del DL N° 211 por no impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. Por el contrario, incluso en una situación en que no existe una posición dominante pero se acredita una conducta destinada a consolidarla u obtenerla por la vía de afectar la libre competencia, dicho proceder sí quedará bajo el paraguas sancionatorio del DL N° 211. En consecuencia no es la situación de posición de dominio

⁵³ Hacemos presente que esta forma de estructurar los tipos es más bien formal y ha sido criticada ampliamente a la luz de los principios del derecho sancionatorio humanitario. No obstante ello, en nuestro contexto normativo, es precisamente la plena aplicación del principio de la culpabilidad, es decir, de la sanción sobre base subjetiva acreditada, la que ayuda a justificar la sanción en estos casos. La estructuración de un tipo de peligro abstracto, sumado a una relajación judicial del principio de la culpabilidad y de la prueba, constituye un procer que entra en directo conflicto con nuestra normativa constitucional. Es por ello que, como veremos, en materia de libre competencia la discusión sobre los elementos subjetivos y el estandar de la prueba son temas de la mayor relevancia.

ni su uso –salvo en cuanto sea dirigido a afectar la libre competencia– la conducta punible, pues no se afecta ni puede afectarse el bien jurídico relevante.

La letra b) del artículo 3º del DL N° 211 establece que el abuso de posición dominante se sanciona. Evidentemente, tanto de lo señalado en los artículo 2º y 3º del DL N° 211 como de los mismos ejemplos que se indican en la letra citada del artículo en cuestión, se desprenden dos consecuencias claras. Primero, al sancionarse el *abuso*, existe una tácita aceptación de la licitud del *uso* de una posición de dominio –o aprovechamiento de la utilidad de ella–, la que sería una conducta no típica en nuestro sistema. Segundo, la conducta que se sanciona, atendido el bien jurídico, no es cualquier abuso sino aquel dirigido, precisamente, a afectar el bien jurídico libre competencia. Podemos concluir, en términos generales, que el uso de una posición de dominio se vuelve abusivo, principalmente, cuando va dirigido a afectar la competencia en los mercados.

En otros términos y reiterando el punto, si existen mercados en donde no opera la libre competencia, por ejemplo, por existir posiciones dominantes que no pueden ser amenazadas –dada la existencia de barreras de acceso– y en donde existe, por la poca elasticidad de la demanda del bien o servicio, posibles daños patrimoniales a los demandantes⁵⁴, puede resultar necesario la dictación de instrucciones generales –en lo que pueda regularse con una norma de rango infralegal– o, en su caso, la promoción de modificaciones al marco regulatorio legal. Pero la sola constatación económica de la existencia de un problema de libre competencia no basta, por sí misma, para establecer la necesidad de aplicar una sanción. Una infracción punible a la libre competencia será tal solo en la medida que exista una afección o amenaza a dicho bien que sea fruto del actuar que se persigue. Por el contrario, la utilización de una posición dominante –es decir, la operación en un mercado no competitivo, en uso de ella– no dirigida a afectar el bien jurídico libre competencia no es una conducta punible bajo el amparo del

⁵⁴ Hacemos presente en este punto que, en nuestra opinión, el bien jurídico libre competencia tiene una conformación especial, que lo diferencia de otros bienes jurídicos de tipo patrimonial. Por ello, no es necesario demostrar un daño patrimonial de un agente concreto para establecer que existe una afección al bien jurídico libre competencia. Lo anterior, sin desconocer las conexiones entre ambos órdenes de bienes jurídicos.

DL N° 211. El artículo 3° del DL N° 211, en su inciso primero, es claro a dicho respecto. En efecto el acto que se sanciona debe impedir, restringir o entorpecer –o tender a ello– la libre competencia. Los ejemplos que se entregan en las letras a) a c) y aún aceptando que su inclusión en la ley es solo ilustrativa y no taxativa, solo refuerzan esta conclusión. Así, solo será sancionable la conducta que afecta o tienda a afectar el bien jurídico libre competencia. Por el contrario, en nuestro parecer la posición de dominio o el acto dirigido a obtener los beneficios de ella sin que se busque afectar la libre competencia, podrían no ser conductas sancionables al amparo del artículo 3° del DL N° 211.

Es precisamente en este punto donde el aporte jurídico al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debe distinguir lo que es el monopolio en su fase económica de lo que es, jurídicamente, una posición dominante cuyo uso apunta o busca afectar la libre competencia y, en tal calidad, se hace acreedora de una sanción. En efecto, si bien económicamente puede determinarse la existencia de un actor que se desenvuelve dentro de su posición de dominio no desafiable, ejerciendo poder de mercado, ello no involucra una actuación tendiente a afectar el bien jurídico que se resguarda pues, en los hechos, el mismo se encuentra afectado de antemano en una situación que puede no resultar imputable al investigado. Lamentablemente, este no ha sido siempre el enfoque de análisis de nuestros organismos de defensa de la libre competencia. A modo de ejemplo, el tribunal indicado en el Rol N° 48/2007, relativo a una denuncia de la Asociación de Exportadores de Chile A.G. contra Ultramar Agencia Marítima S.A. y Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A., procedió a desechar la denuncia sobre la base que la posición de dominio no era tal pues existían alternativas al servicio ofrecido, soslayando el hecho de que en todo caso la acción denunciada difícilmente pudo estimarse como típica toda vez que la misma, de manera alguna, pareció afectar o poder afectar la libre competencia.

En conclusión, la protección y promoción del bien jurídico libre competencia es la finalidad de toda la estructura del DL N° 211. Solo cuando se desarrollan conductas a lo menos tendientes a afectar dicho bien jurídico, procederá la eventual aplicación de sanciones, aplicando a las mismas el conjunto de garantías del *ius puniendo*. Por el contrario, aún la constatación económica de la existencia de un mercado no competitivo no es suficiente, por sí sola, para la sanción jurídica de quienes se desenvuelven en el mismo en uso de su posición dominante.

3.2.2 El principio de la culpabilidad (nulla poena sine culpa)

Básicamente, este principio exige que la responsabilidad –en este caso, la obligación de hacer frente a una sanción– tenga base subjetiva, de manera que no se puede sancionar a una persona simplemente por el hecho de constatar que determinadas circunstancias son encuadrables, objetivamente, dentro del marco descrito por el tipo legal.

Siempre ha sido un tema de amplia discusión si, en determinados campos del derecho y particularmente el contravencional, es posible aplicar penas sin establecer un grado subjetivo de responsabilidad. Sin pretender ahondar en dicho campo, la tendencia en la actualidad –incluso a nivel jurisprudencial– es a desechar la responsabilidad objetiva –con sus múltiples variables– en materia de aplicación de sanciones, rescatando el principio en estudio, mismo que no tiene una definición constitucional simple⁵⁵.

El campo de la libre competencia, por sus características, es uno de aquellos en los que el estudio de los elementos subjetivos no ha sido particularmente desarrollado o, incluso, se han dado fallos con cierto grado de contradicción. Tal tendencia se ha agudizado desde la modificación legal del año 2003, misma que eliminó del DL 211 el ilícito propiamente penal. Se trata de un campo donde, por consideraciones si se quiere criminológicas –en el sentido de centradas en las características de la persona del infractor–, se tiende a asumir la subjetividad necesaria para aplicar las sanciones. En efecto, atendida las características particulares de los infractores –normalmente personas de alta preparación y especialistas en sus áreas– se asume que existe pleno conocimiento del efecto de sus conductas y, por lo mismo, a lo menos aceptación de los resultados dañosos.

Más allá de que efectivamente las características propias de los partícipes de las conductas eventualmente atentatorias contra la libre competencia, podrían permitir establecer bases de presunción sobre los elementos subjetivos necesarios al momento de sancionar,

⁵⁵ No es del caso profundizar en este punto, pero ha existido discusión sobre el alcance de la expresión del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República en cuanto a que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”. En nuestra opinión, el principio en estudio tiene una consagración constitucional clara, en la que interviene adicionalmente tratados internacionales, con los alcances limitatorios de la potestad legislativa que los mismos poseen en materia de derechos humanos atendido lo dispuesto en el artículo 5º de nuestra Constitución Política de la República.

dentro de un contexto probatorio, no se puede abandonar en estas materias el principio de la culpabilidad. El mismo, asociado al de la prueba, exige que se establezca en el proceso la existencia de la disposición subjetiva del investigado al momento de cometer los hechos y, más concretamente, el ánimo de afectar la libre competencia. La estructura misma de los tipos del ilícito antimonopolio da cuenta de esta exigencia de manera expresa. Este análisis, en términos generales, no es particularmente estricto en nuestro sistema y, eventualmente, su carencia se escuda tras la relativamente poca aplicación de sanciones que ha existido o, si se quiere, de la tendencia a seguir el esquema contravencional que operó mientras el antiguo DL N° 211 mantuvo, bajo un mismo tipo, la dualidad penal-contravencional.

La sola constatación económica de la existencia de una conducta que objetivamente pudiera afectar la libre competencia o, a lo menos, tender a ello, no permite la aplicación de sanciones a la persona. Soslayar la prueba y análisis de los elementos subjetivos al momento de sancionar, sobre la base de certezas económicas, nos acerca peligrosamente al *derecho penal de autor*, es decir, aquel que por contraposición al *de actos*, se centra en la existencia de un grupo de personas potencialmente peligrosas y, simplemente, las asume culpables.

Los fallos del Tribunal Constitucional chileno antes citados van en la línea acertada, toda vez que concluyen que la aplicación del principio en estudio no emana de una importación paulatina de ciertos principios penales al campo sancionatorio administrativo sino, de manera, de la existencia de un derecho sancionatorio o *ius puniendi* único, que presenta distintas ramas.

3.2.3 El principio de la reserva de ley y tipicidad

La reserva de ley, en cuanto a las conductas que se sancionan y las penas que se aplicarán, requiere que sea una ley, en el sentido formal y material, la que determine estas materias. La elección de la conducta que se sancionará –*ultima ratio* de nuestro sistema jurídico– queda entregada a un órgano representativo. Por su parte, el principio de la tipicidad es una especificación del principio de la reserva de ley en cuanto la norma de tal rango debe contener una descripción más o menos acaba de la conducta y una determinación –o las reglas para proceder a ello– de la pena aplicar. No basta la ley, sino que la misma debe tener cierto nivel de especificidad. Es

esta especificidad una garantía no solo de las personas y agentes económicos sino que, adicionalmente, un elemento de relevancia social toda vez que el efecto de prevención general que se busca tras la amenaza de la sanción, es decir, estimular que el agente se abstenga de actuar por temor a incurrir en responsabilidad— requiere una norma más o menos precisa que con claridad señale los efectos que se producirán si se desarrolla determinada conducta. Los tipos amplios o vagos, además de crear un espacio para la arbitrariedad de dudoso amparo constitucional, tornan ineficientes las herramientas sancionatorias e, incluso, pueden desestimular –en lo que respecta a nuestro tema– la operación en los mercados y la libre competencia.

Nuestra jurisprudencia, no obstante, reconoce la plena aplicación de estos principios a todos los campos del *ius puniendi* –dentro de los que sin duda se encuentra el derecho de la libre competencia– ha establecido ciertos grados en cuanto a la rigidez con la que dichos principios deben ser aplicados. Así, en ciertos casos, se acepta una relajación del principio de la legalidad y de la tipicidad, en materias de derecho sancionatorio administrativo. En nuestra opinión, los matices que formula nuestra jurisprudencia constitucional no tienen base en nuestra Carta Fundamental y obedecen a un peligroso y aparente sentido común.

Teniendo presente lo anterior, según nuestro parecer las poderosas razones prácticas que obligan a establecer tipos relativamente abiertos de contravención a la libre competencia –dentro de las que se encuentran, por ejemplo, la gravedad de los efectos de los actos o la constante creación por parte de los actores– no permiten dejar de lado la consideración relativa a que si se desea sancionar una conducta investigada debe realizarse un esfuerzo preciso en determinar si la misma se encuadra dentro de los tipos del artículo 3º del DL N° 211, con especial énfasis en el elemento del bien jurídico.

En un sentido contrario, nos parece atendible que para la aplicación de las medidas no sancionatorias que contempla la ley en relación a perfeccionar los mercados desde el punto de vista de la libre competencia, se abandone el rígido principio de la tipicidad que hemos defendido. Lo anterior, sin soslayar que, como ante toda actividad de un órgano público, sigue siendo aplicable el principio de la juridicidad.

3.2.4 El principio de la presunción de inocencia y la carga de la prueba

Presumida la inocencia de las personas comprometidas en los hechos que se investigan, evidentemente la carga de la prueba u obligación de aportar los elementos de convicción recae, en lo sancionatorio, de manera íntegra sobre quien persigue la aplicación de una sanción. La prueba a rendir debe referirse no solo a los elementos objetivos de la conducta sino que, adicionalmente, a los elementos subjetivos que se requieren para la aplicación de una sanción. La sola existencia de un organismo permanente y profesional destinado a resguardar la libre competencia, con facultades de investigar, requerir la aplicación de multas y actuar como parte en el proceso respectivo, da cuenta de la importancia que tuvo para el legislador el elemento probatorio y preventivo y permite, con razón, exigir precisión al respecto. Tradicionalmente, la Fiscalía Nacional Económica ha cumplido este cometido legal.

De no lograrse un adecuado estándar de prueba, del todo asimilable al existente en otras materias sancionatorias como las propiamente penales, no procede la aplicación de sanción alguna a la persona. En este contexto, los análisis económicos y de causalidad son un importante indicio del que pueden surgir bases para presunciones pero las mismas, por sí solas, no bastan para aplicar una sanción.

La necesidad de dar aplicación al principio en análisis fue contundentemente afirmada por la Corte Suprema en el fallo dictado en el Rol N° 5057-2006 (en relación a la sentencia Rol N° 43/2006, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), comentado en esta obra, al dejar sin efecto la aplicación de una sanción por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el caso denominado coloquialmente “oxígeno”.

Sobre este punto y especialmente teniendo presente la amplitud de los tipos que contiene el DL N° 211, son precisamente los principios de la carga de la prueba y del bien jurídico tutelado los llamados a lograr un resultado equilibrado, justo, de certeza y aceptable desde la perspectiva constitucional. Por el contrario, la amplitud de los tipos, el sacar del análisis el hecho de que la conducta perseguida debe tener por objeto afectar la libre competencia para centrarse simplemente en la existencia de una situación previa de monopolio constatado técnicamente y una relajación notable del principio de la carga de la prueba pueden, en los hechos, tornar el sistema de defensa de la libre competencia en una institución cuestionable.

3.3 Análisis del fallo a la luz de las reflexiones anteriores

3.3.1 Carga de la prueba

De la sola lectura de los puntos de prueba nos surge la duda sobre la forma en que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia aplica el principio de la carga de la prueba, el que como hemos señalado, en materia sancionatoria se encuentra directamente ligado al de la presunción de inocencia, del que es su consecuencia natural.

Al respecto, en primer lugar, no se aprecia dentro de los puntos de prueba ninguna referencia a ciertos aspectos de los tipos sancionatorios, como el abuso –verbo rector diferente al simple uso– o la posición subjetiva de los actores. Dichos elementos, algo forzadamente, podrían entenderse comprendidos dentro de los puntos de prueba genéricos que se fijan, con lo que ello implica para el debido proceso, especialmente en cuanto a la limitación de la posibilidad de rendir prueba de testigos.

La simple mención a *“hechos y circunstancias de orden económico que justificarían (...)”* determinadas diferencias de cobro o restricciones contractuales si bien puede ser relevante a efectos de determinar la necesidad de regular mediante instrucciones generales o proponer al Presidente de la República la necesidad de dar curso al procedimiento de modificación del marco regulatorio, es completamente insuficiente al momento de decidir sobre la aplicación de sanciones.

Desde el punto de vista de la carga de la prueba, la forma en que se establecen los puntos llama a confusiones, toda vez que parece ser obligación del investigado, requerido o acusado el demostrar la justificación de su proceder siendo que, como hemos señalado, corresponde al requirente fiscal y demandante particular, en su caso, evacuar esta carga so pena de perder el juicio.

Esta forma de conceptualizar los puntos de prueba tiene explicación económica y es adecuada a efectos de estudiar la necesidad de modificaciones regulatorias. No obstante ello, la aplicación de sanciones es una materia eminentemente jurídica que requiere de la consideración de elementos adicionales, especificados, que no se encuentran adecuadamente pormenorizados.

La causa de las situaciones descritas, que en nuestra opinión son inconvenientes, puede encontrarse posiblemente en la práctica

–bajo nuestro parecer, sin sustento legal y constitucional– de tramar conjuntamente conflictos sancionatorios con discusiones sobre el marco normativo. Ni el DL N° 211 ni los mínimos requisitos constitucionales del debido proceso permiten o aconsejan, respectivamente, dicho proceder. Las causas de pedir y el petitorio son diferentes en ambas materias y su tramitación conjunta puede operar en perjuicio de la justicia y de los mercados, por muy prudente que sea el proceder del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, como de hecho lo ha sido históricamente.

3.3.2 Estándar de la prueba

En este punto, en primer lugar, creemos que el Tribunal realiza una muy correcta resolución de las tachas, con plena aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil que resultan relevantes, rescatando a través de la prueba testimonial el valor de los informes elaborados por técnicos, como mecanismo de convicción. La conclusión que se extrae de dicha forma de resolver es altamente relevante en procedimientos donde la materia en discusión presenta un sustrato de hechos, incluso previo al análisis económico propiamente tal, de alta complejidad. No obstante lo anterior, nos habría gustado que la sentencia hubiere explicitado el análisis –que sin duda debe haber existido al interior del Tribunal– de la afirmación de la FNE, en cuanto a que en conflictos donde el orden público económico se encuentra en juego –con sus efectos para la comunidad, de la que sin duda todo testigo forma parte– obligan a realizar una interpretación especial de las nociones de “*interés*” e “*imparcialidad necesaria*”.

3.3.3 Alcances de la regulación sectorial

El Tribunal, a contar del considerando vigésimo sexto, procede a analizar si los servicios de telefonía IP pueden o no ser considerados como servicios públicos telefónicos. Al respecto, el Tribunal concluye que los servicios de telefonía IP no son servicios públicos telefónicos, subcategoría del servicio público de telecomunicaciones, pues no corresponden a ninguna de las subcategorías de servicio telefónico local, móvil o de larga distancia. Ahora bien, atendiendo que Voissnet busca satisfacer necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general, debe concluirse que su actividad trata de un servicio público de telecomunicaciones.

Por su parte, en el considerando trigésimo quinto, el Tribunal concluye que la banda ancha es un servicio libre, que se presta sin concesión y que no cae dentro del campo de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Sea que la telefonía IP se asimile a los servicios públicos de telecomunicaciones o, en su caso, a un simple servicio de internet –libre o no regulado como tal– en la actualidad no existen normas que le resulten aplicables.

Las conclusiones anteriores nos parecen interesantes, en cuanto reflejan la opción constitucional relativa a la libertad de empresa contenida en el N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. En efecto, la regulación dentro del campo del derecho privado –incluso en estas materias fronterizas como son las propias de los servicios públicos– es siempre excepcional en el sentido que no puede extenderse, por analogía, a áreas que no han sido previstas expresamente por el verdadero sentido o alcance de las normas. Más allá de ser discutible si el Tribunal tiene competencia para pronunciar la última palabra sobre el marco regulatorio aplicable a la telefonía IP (de hecho, expresamente señala que no lo hace, todo ello en la parte final del considerando trigésimo noveno), la conclusión anterior no agota el tema desde la perspectiva de la libre competencia.

En efecto, el Tribunal señala –clara y acertadamente– que el cumplimiento o incumplimiento de la normativa sectorial es un tema diverso de la necesidad de reprimir eventuales atentados a las normas de la libre competencia.

3.3.4 Contrato de Adhesión

En el considerando cuadragésimo primero, el Tribunal señala que según la evidencia con la que cuenta, los contratos suscritos entre CTC y los ISP son contratos “*de adhesión*”, indicando más adelante que a la fecha de firma de los mismos CTC era el único oferente de servicios de acceso a banda ancha mayorista. Lo anterior, que parece irrelevante, tiene importancia a efectos de explicar que no se haya realizado un mayor análisis en cuanto a la eventual responsabilidad de los ISP en las conductas que finalmente se reprochan a CTC. En efecto, al tratarse de contratos, a lo menos es necesario plantear y excluir la posibilidad de que el poder de mercado haya sido ejercido en la forma de un acuerdo en perjuicio de terceros.

3.3.5 Mercado relevante

A contar del considerando cuadragésimo, el Tribunal desarrolla un interesante análisis a efectos de determinar el o los mercados relevantes en juego. Así, por un lado, analiza el mercado relevante en el que se abusa de la posición de dominio y, por el otro, analiza el mercado relevante en el que se afecta la libre competencia. Esta diferenciación es importante, por cuanto da cuenta claramente del distingo que señalamos a propósito de analizar los alcances del principio del bien jurídico en materia de la libre competencia. En el primer caso, el mercado relevante es el de internet en donde existe una posición de dominio que, si bien podría requerir regulación, no es sancionable *per se*. Es el uso de la posición de dominio dirigido a afectar la libre competencia en otro mercado⁵⁶ –y por ello, abuso– el que se persigue con la sanción. Detrás del análisis del Tribunal se encuentra este distingo.

El mercado objeto de un eventual atentado a la libre competencia es el mercado de servicios telefónicos, en el que tradicionalmente operan las telefónicas y en el que, producto de la irrupción de la telefonía IP, han entrado a operar nuevos actores. Así, una primera conclusión que requiere ser rescatada desde la perspectiva de la libre competencia, es el hecho de que la existencia de regímenes jurídicos distintos no permite soslayar que, atendida las necesidades que satisfacen, dos bienes o servicios pueden ser considerados sustitutos uno del otro y, de tal forma, conformar un mismo mercado relevante a la luz del producto. Tal conclusión se obtiene de una mirada sustancial, donde el marco regulatorio aplicable a las alternativas puede ser diferente sin que ello constituya, necesariamente, una práctica anticompetitiva.

En segundo lugar, el Tribunal concluye que es necesario analizar la posición relativa de CTC al interior del mercado de oferta mayorista de acceso a internet por banda ancha. Es en este mercado, en el que interviene CTC como proveedor y los ISP como clientes mayoristas, en el que se podría haber cometido la afección a la libre competencia contenida en los contratos impugnados, dirigida eventualmente a afectar la competencia en otro mercado. Atendido que la irrupción de la telefonía IP hace más dinámica la competencia en

⁵⁶ O en el mismo, según sea el caso. En efecto, es perfectamente posible abusar de la posición dominante para impedir la libre competencia en el mercado en que la misma se posee, a efectos de resguardarla.

el mercado de la telefonía, es necesario que no existan restricciones regulatorias o contractuales establecidas con el objeto de impedir la libre competencia, sea que las mismas tengan origen en el propio mercado de la telefonía o en otro, como es el de acceso a banda ancha.

En conclusión, en este punto el análisis del Tribunal nos parece bien enfocado.

3.3.6 Existencia de un eventual abuso

A contar del considerando quincuagésimo, el Tribunal parece desarrollar el análisis relativo a la existencia de un abuso tras la imposición de las cláusulas contractuales tantas veces referidas. En esta materia, siguiendo la línea trazada al fijar los puntos de prueba, indica el Tribunal que el análisis se centra en determinar las razones técnicas o económicas que justifican la imposición de determinadas cláusulas contractuales. En su momento, la carga de la prueba al respecto pareció radicarse en el investigado no obstante lo cual, el Tribunal concluye que la justificación de la forma contractual no sería otra que la de “impedir que sus clientes abandonen la telefonía tradicional y migren (...)” hacia la telefonía IP. En otros términos, no se sancionaría por no haber demostrado la razonabilidad de una cláusula contractual sino por el hecho de que el Tribunal, estudiados los antecedentes del caso, se ha formado la opinión de que la razón de la misma ha sido, precisamente, afectar la libre competencia.

A efectos de arribar a esta conclusión y bajo una poco afortunada expresión de “*a juicio de este Tribunal*”, se analiza principalmente la prueba rendida por CTC, rechazando las conclusiones propuestas por dicha empresa.

En esta línea, vale la pena rescatar los siguientes análisis:

a) Los considerandos quadragésimo segundo y siguientes, se hacen cargo de la afirmación de CTC en cuanto a que validar la irrupción parasitaria de Voissnet forzaría a una revisión de las tarifas telefónicas, atendido que las mismas se calculan sobre una determinada demanda estimada. Así, en opinión de CTC, el objeto del modelo tarifario sería proteger inversiones. El Tribunal rechaza esta alegación sobre la base que los costos fijos se pagan con los cargos fijos y, por su parte, los costos variables se pagan contra tráfico. Asimismo, al ser las tarifas precios máximos, claramente tienen por objeto evitar el abuso a los consumidores y no proteger inversiones. Este

punto y más allá de las críticas posibles al modelo tarifario, en principio, carece de relevancia para efectos de determinar si existe una afectación a la libre competencia. Sí puede ser relevante para efectos de determinar la posición subjetiva del actor –es decir, el objeto buscado con el actuar– y, adicionalmente, hacer el distingo entre el uso y el abuso de una posición dominante. En el considerando quincuagésimo, el Tribunal simplemente señala que conductas como la imposición de las cláusulas impugnadas, aún para efectos de resguardar inversiones, son anticompetitivas en su base pues detrás del modelo económico imperante existe, naturalmente, el riesgo de la obsolescencia. Por ello, en el considerando sexagésimo anuncia la aplicación de una multa;

b) En los considerandos sexagésimo primero y siguientes, el Tribunal analiza el tema de las restricciones de hecho para impedir la prestación de servicios de telefonía IP. Cita el Tribunal el precedente de la Resolución Nº 215 de la H. Comisión Resolutiva de 4 de marzo de 1986, en cuanto a que establecer restricciones arbitrarias al usuario –más allá de estándares técnicos y sin fundamentos plausibles– solo tendría por objeto impedir o restringir la competencia. Desecha las alegaciones de CTC en cuanto a que con dichas restricciones se busca evitar que se afecte el servicio de acceso a internet, sobre la base que el tráfico IP no genera efectos diferentes que el de las aplicaciones de internet en general.

En este mismo orden de ideas, aplicando correctamente el principio de la carga de la prueba y aún asumiendo que el hecho denunciado es factible de darse, el Tribunal rechaza la alegación de Voissnet en cuanto a sancionar el que se habrían bloqueado ciertas direcciones IP. En efecto, pese a ser posible dicho hecho no se acreditó fehacientemente por la demandante.

También, por no evacuarse adecuadamente la carga de la prueba, se rechaza la alegación relativa a que se realizarían ventas bajo costo a determinados usuarios, en base a subsidios cruzados.

c) Al analizar en los considerandos sexagésimo tercero y siguientes la situación de los mayores cobros a clientes multiusuarios que aquellos monousuarios, en los contratos de acceso a banda ancha, el Tribunal aplica clara y contundentemente el principio del bien jurídico. En efecto, por una parte asume que es factible que las empresas utilicen mecanismos simplificados de determinación de sus precios –sobre bases razonables–, reforzando el principio de la libertad de empresa y apostando a que será el mercado el que

finalmente ajustará los mismos. Lo que sí es interesante, es la afirmación de que de todas formas no se acreditó que la *"distinción entre clientes monousuarios y multiusuarios haya tenido por objeto y efecto restringir la libre competencia"*. Esta afirmación da cuenta de que, aun existiendo cierto poder de mercado que permite a una empresa fijar un precio sin mayores consideraciones competitivas y en base a generalizaciones, si tal acción no busca afectar el bien jurídico libre competencia, no es sancionable.

En lo relativo a la demanda reconvencional interpuesta por Voissnet, el Tribunal rechaza los cargos principalmente sobre la base del principio de la tipicidad, toda vez que como consta en el considerando septuagésimo, las conductas relativas a usar infraestructura de terceros, no cumplir la regulación sectorial y prestar servicios a precios no replicables, no son subsumibles tras los tipos del artículo 3º del DL N° 211. Pese a lo correcto de la resolución, de todas formas debió excluirse la posibilidad de precios predatores.

IV. CONCLUSIONES

El Tribunal de la Libre Competencia acogió parcialmente la demanda de Voissnet S.A. –empresa prestadora de servicios de telefonía a través de internet– y el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. La misma sentencia rechazó la demanda reconvencional de CTC en contra de Voissnet S.A.

Desde una mirada económica, la sentencia del TDLC nos parece apropiada y bien fundamentada. No obstante, debemos reconocer que las distorsiones presentes en la forma de tarificar la telefonía local o fija es un punto pendiente que el TDLC debiera haber reconocido en la sentencia y haber recomendado su corrección; al menos esta distorsión debe arreglarse para la próxima fijación tarifaria. Ello, con el fin no solo de no generar un problema de financiamiento para la empresa de telefonía local, sino también como una forma de transparentar los costos de otorgar dicho servicio.

En efecto, lo óptimo es que los costos fijos se cobren vía cargos fijos y los costos variables se cobren vía cargos o tarifas variables. No obstante, es importante preguntarse antes del próximo proceso de fijación tarifaria si no es momento para desregular completamente las tarifas del servicio de telefonía local o fija. En efecto, dado que ha crecido el número de teléfonos celulares y su uso es cada vez

mayor, y dado que aparecen otras opciones de telefonía, como la telefonía IP, gracias al avance tecnológico, puede ser que ya no se justifique la fijación de la tarifa de este servicio. ¿Sigue teniendo características de monopolio natural, sin sustitutos? Esta es una pregunta relevante de analizar. Si los nuevos servicios son lo suficientemente sustitutos de la telefonía local o fija, puede que no se justifique la fijación de una tarifa variable como el SLM y que sea necesario solo el cobro de una tarifa fija regulada o no regulada. Cabe señalar que tal como se ha desarrollado la voz sobre banda ancha hasta el momento, ella no es posible sin la red telefónica⁵⁷. En consecuencia, debe ajustarse la tarificación de tal manera que la red telefónica fija siga siendo remunerada a costos eficientes, mediante una estructura tarifaria que pague todos sus costos y que no variabilice los costos fijos. Distinto es el caso, si la banda ancha y los servicios que se proveen en ella se pueden otorgar en forma totalmente independiente de la red telefónica fija, a costos competitivos. En este escenario, podría ser preferible incluso la sustitución completa de la red telefónica fija, por VoIP. Estos son, a nuestro juicio, los temas pendientes en el mediano plazo.

Por otra parte, desde una mirada jurídica, el fallo da cuenta de una situación caso de laboratorio pese a lo cual, en términos generales, hace una correcta aplicación de los principios constitucionales referidos en la primera parte de este comentario. Así, por ejemplo, se rechazan los cargos no acreditados o los que, pese a dar cuenta de una situación no competitiva, no afectan ni pueden afectar el bien jurídico tutelado.

Por su parte, en cuanto a la entidad de la multa, se analizan los efectos de las actividades sancionadas y la finalidad perseguida con ellas, incorporando elementos subjetivos acreditados al análisis.

En cuanto a las consideraciones generales del fallo, el mismo es interesante, pues asume la regulación económica como un expediente excepcional que no debe privilegiarse en aquellos mercados dinámicos, donde existe competencia e innovación, como es en el caso de la telefonía IP. Aún más, al resolver sobre la posible dictación de instrucciones generales –misma que rechaza– el tribunal afirma el principio de la libertad empresarial como la regla general y lo potencia. Así, señala adecuadamente que es la normativa de

⁵⁷ Para la terminación de llamadas realizadas mediante VoIP y para el acceso de los clientes a internet.

rango legal –no reglamentaria– la llamada por excepción a regular las bases de un ordenamiento empresarial.

En definitiva, más allá de que deberá determinarse la procedencia de aplicar la multa, el fallo en cuestión acertadamente reserva el expediente regulatorio y prescinde del mismo, sobre la base que de eventuales abusos cometidos por personas individualizadas no puede seguirse, como una necesidad ineludible, la de regular.

Desde otro punto de vista, el fallo en cuestión da cuenta de la primacía de los principios del orden público económico sobre la autonomía de la voluntad y procede a determinar una sanción de las conductas que estima atentatorias contra la libre competencia sin exculpar las mismas sobre la base de consideraciones patrimoniales o tarifarias que habrían constituido la motivación del sujeto activo.

BIBLIOGRAFÍA

- AGOSTINI, C. y SAAVEDRA E. (2005): "Competencia en Telefonía Fija e IP sobre Banda Ancha: Un Marco Conceptual" (diciembre) (Ministerio de Economía).
- VALDÉS, Salvador (1996): Apunte "Políticas de Precio con Costos Relacionados" (agosto).
- BAYE, M.R. (2006): *Economía de Empresa* (McGraw Hill).
- BERMÚDEZ S. Jorge (1998): "Elementos para Definir las Sanciones Administrativas", *Revista Chilena de Derecho* (número especial), MARIENHOFF, Miguel S. (1997): *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- BESANKO, DRANOY Y SHANKEY (1996): "Economics of Strategy" (John Wiley & Sons, Inc.).
- BLACKSTONE, E. (1975): "Restrictive practices in the marketing of Electrofax copying machines: The SCM Corporation Case", *Journal of Industrial Economics* (marzo 1975).
- DEMSETZ, H. (1989): *Efficiency Competition and Policy* (Blackwell).
- FELIÚ, Olga (2003): *Aplicación de Garantías Constitucionales, Procesales y Penales en el Ambito Administrativo, e-campos* (UNIACC).
- GALETOVIC, A. y SANHUEZA, R. (2006): "La economía básica de las Telecomunicaciones", *Documento de Trabajo* N° 8 (Centro de Economía de la Empresa, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de los Andes).
- GALETOVIC A. y SANHUEZA R. (2006) "Una Evaluación Social de la Introducción de la Telefonía IP sobre Banda Ancha" 103 *Estudios Públicos* (Invierno) (Centro de Estudios Públicos).
- STIGLER, George J. (1968): *The Organization of Industry* (Homewood, IL: Richard D. Irwin).
- OI, W. (1971): "A Disneyland Dilemma: two part tariffs for a Mickey Mouse monopoly", 1 *Quarterly Journal of Economics* (febrero).
- PASHIGIAN, P. (1995) *Teoría de los Precios y Aplicaciones* (McGraw Hill).
- PEÑA, M. y VIEYRA, J. (2005): *Modelación y Estimación del Impacto Económico de la Telefonía sobre Banda Ancha (TsBA) en Telefónica CTC y la Industria*.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1979-1980): "El Derecho Administrativo Penal" Boletín de Investigaciones N° 44 y 45 (Pontificia Universidad Católica de Chile).
- STIGLER, G. (1968): *The Organization of Industry* (The University of Chicago Press).
- TARZIJÁN, Jorge y PAREDES, Ricardo (2006, 2^a Ed.): *ORGANIZACIÓN INDUSTRIAL PARA LA ESTRATEGIA EMPRESARIAL* (México, Pearson Educación).
- VALDÉS, Domingo (2006): *Libre Competencia y Monopolio* (Santiago Editorial Jurídica de Chile).

Colusión de empresas de oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?



JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN

Profesor Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile

RESUMEN

El artículo examina la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, revocada por la Corte Suprema, en virtud de la cual se condena a cuatro empresas de coludirse frente a una licitación para la provisión de oxígeno a hospitales públicos. Luego de desestimarse por falta de pruebas, la acusación de práctica concertada para el reparto de mercado, se llega a la condena por la existencia de colusión frente al proceso de licitación atendiendo a indicios y presunciones derivadas del comportamiento de estas empresas y de la estructura de la industria. Este trabajo intenta explicar cuál debiera ser el estándar de prueba más allá del cual sería admisible sancionar casos como el estudiado. Para tal propósito, se distingue según el carácter civil, administrativo y penal del caso, lo cual derivaría en la utilización de un estándar probatorio distinto según la probabilidad o fortaleza de la convicción. Así, se estima que no basta para sancionar que la tesis de colusión sea plausible o, incluso, más probable que improbable. El grado de convicción debiera ser mayor, aun cuando se plantea que no lo suficiente como para aplicar el estándar típicamente criminal basado en que no exista una duda razonable. Dada la alta exigencia probatoria sugerida y considerando el peligro que para la sociedad revisten los carteles, se sugiere aprovechar las buenas prácticas de otros países, adoptando un programa de inmunidad (leniency) y otorgando facultades de registro e incautación de documentos e intercepción de comunicaciones. Aunque sea a través de evidencia circunstancial o indirecta, la prueba de la existencia de contacto o comunicación (ni siquiera de entendimiento o acuerdo) entre las empresas es clave. En nuestra opinión, la ausencia de tal evidencia debilitó el caso.

SUMARIO

I. Introducción. II. La sentencia a comentar. III. ¿Cuáles son, en términos específicos, las infracciones imputadas? – ¿Cuál es el sustento legal? IV. ¿A qué se está haciendo referencia con la expresión “acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos”? – Noción de práctica concertada. V. El mercado oligopólico relevante y el problema de la interdependencia. – ¿Es una acción (tácitamente) concertada lo mismo que una acción interdependiente en un mercado oligopólico? VI. ¿Cómo reconocer la existencia de una práctica concertada o cartel? VII. Conductas sospechosas de colusión o concertación en procesos de licitación. VIII. ¿En qué ha consistido la evidencia desplegada? 8.1 La evidencia desplegada sobre la alegación de concertación para repartirse el mercado. 8.2 La evidencia del TDLC para concluir que ha existido una acción concertada de las empresas de oxígeno frente a la licitación. IX. ¿Es el estándar de prueba utilizado por el TDLC suficiente para acreditar una concertación en la licitación? (A) Se habría alterado el peso de la prueba. – ¿Son erradas las apreciaciones vertidas por la FNE y el TDLC? (B) Se habría infringido el estándar mínimo de

apreciación de la prueba. ¿Cuál debiera ser el estándar de prueba exigible para casos de prácticas concertadas entre competidores? Despenalización y estándar de prueba. El fallo de la Corte Suprema. X. La eficiencia de los hospitales públicos, las licitaciones del sector público y la competencia. XI. Chile y el combate contra los carteles duros: algunas herramientas que se echan de menos. 11.1 Programas de inmunidad. 11.2 Facultades de registro e incautación de documentos e intercepción de comunicaciones. XII. ¿Hasta qué punto la redacción de los tipos infraccionales de la ley chilena constituye una limitación al combate contra los carteles duros? XIII. Síntesis y conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El caso en el que se discutió sobre la colusión de las empresas de oxígeno en el mercado hospitalario público, debe ser uno de los más importantes que han tenido lugar bajo la actual institucionalidad de libre competencia. Debe ser el primero en que se ha intentado probar la existencia de un cartel, utilizando de forma tan extendida y profunda una evidencia de carácter circunstancial o basada en la apreciación conjunta de variados indicios –prueba indiciaria–. Asimismo, la relevancia del caso se ve respaldada por recaer en una industria con una larga historia de sospechas, fundadas o no, sobre comportamientos anticompetitivos de sus proveedores y en que los potenciales efectos de su buen o mal comportamiento impactan en un sector altamente sensible como el de los hospitales públicos. Su significancia se entiende, igualmente, si se considera que el caso es uno sobre carteles duros, de lo más grave en materia de libre competencia. De hecho, se trata de uno de los tópicos más recurrentes y abordados en foros internacionales especializados. A mayor abundamiento, se trata de un caso en donde la Corte Suprema revocó la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, lo que es de suyo poco común. Finalmente, en lo que a la importancia se refiere, no puede dejar de destacarse el esfuerzo encomiable de los actores –la FNE, empresas, TDLC y la CS– por desplegar sus evidencias y argumentos, los cuales dieron lugar a un expediente de alrededor de dos mil quinientas fojas que, más allá de su número, dejan en evidencia la actual profesionalización y buen desarrollo en la resolución de los casos de libre competencia.

Son variados los temas que se abordan en este trabajo. Sin embargo, el punto neurálgico del mismo versa sobre la pregunta contenida en el título de este artículo. En efecto, nos preguntamos si hubo evidencia suficiente para acreditar la existencia de una colusión y la respuesta es que no la hubo. Pero dicha conclusión no se funda en la línea de pensamiento o argumentación elaborada por la CS –de

cuyo fallo se critica, precisamente, la ausencia de una– ni necesariamente de lo que pueda haberse manifestado en el fallo de minoría o en la posición de las empresas. Lo que intenta explicarse es cuál debiera ser el estándar de prueba más allá del cual sería admisible sancionar casos como el estudiado. Para tal propósito se distingue según el carácter civil, administrativo y penal del caso, lo cual derivaría en la utilización de un estándar probatorio distinto según la probabilidad o fortaleza de la convicción. Así, se estima que no basta para sancionar que la tesis de colusión sea plausible o, incluso, más probable que improbable. El grado de convicción debiera ser mayor, aun cuando se plantee que no lo suficiente como para aplicar el estándar típicamente criminal basado en que no exista una duda razonable.

Este trabajo intenta, sobre la base del análisis de un caso particular, hacer un paseo por diferentes temas o subtemas a que nos convoca el tópico de la colusión o los carteles. En términos generales, este artículo se distribuye, temáticamente, en tres grandes partes. Una primera destinada a describir, en general, el marco o panorama característico cuando se habla, tanto jurídica como económicamente, de prácticas concertadas entre competidores o carteles. Una segunda, y más importante, centrada en el caso objeto de estudio y en donde se muestra la evidencia y argumentación desplegada, así como nuestra valoración sobre el particular, punto a partir del cual se intenta sugerir un marco analítico distinto al utilizado y esbozado por los diferentes actores que se han pronunciado en el caso. El tercer y último bloque aspira, bajo una mirada de futuro, a destacar la necesidad de ciertas herramientas para la persecución de los carteles así como la relevancia de cierta discusión teórica sobre la actual ley.

Específicamente, el trabajo se inicia con la identificación de la sentencia a comentar, estableciendo, posteriormente, cuáles son las infracciones imputadas y su sustento legal. Se analiza, después, el sentido y alcance de la expresión legal “acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos”. Para tal efecto, se hace acopio de la jurisprudencia y doctrina europea y norteamericana, intentándose, además, realizar una síntesis del estado de la cuestión sobre la materia, incluyéndose, para tal efecto, el tema de los mercados oligopólicos y el problema de la interdependencia. Más adelante se pretende familiarizar al lector ya no con la dimensión jurídico-teórica relevante, sino también con aquellos signos que permiten reconocer la existencia de una prácti-

ca concertada o cartel. Para tal efecto, se distingue entre los signos derivados de la industria con aquellos derivados del comportamiento de los participantes, todo lo cual aspira a brindar una mayor sensibilización sobre el tipo de indicios que uno esperaría encontrar en este tipo de casos. Igual cosa se hace cuando la preocupación radica en la posibilidad de colusión en los procesos de licitación, para lo cual se identifican típicas conductas sospechosas. A continuación se explica en qué ha consistido la evidencia desplegada para probar la existencia o inexistencia de colusión (distinguiendo según el tipo de imputación que se hace) para, luego, preguntarse si el estándar de prueba utilizado por el TDLC es suficiente para acreditar una concertación en el proceso de licitación, que fue, específicamente, el comportamiento que dio lugar a la sanción por parte de dicho tribunal. Se analiza y teoriza un poco sobre la carga de la prueba y su repercusión en el caso estudiado, para, en seguida, explicar cuáles son los diferentes estándares de prueba disponibles y cuál de ellos sería el más aplicable para el caso bajo análisis. Se evalúa, dentro de este capítulo, asimismo, el fallo revocatorio de la Corte Suprema. Como comentario marginal en lo que a la sentencia se refiere, pero importante de tener presente en un análisis de políticas públicas, se toca, en otro acápite, el tema de la eficiencia de los hospitales públicos, las licitaciones del sector pública y su incidencia en materia de libre competencia. Ya en la parte final de este trabajo, y bajo la óptica de algunas herramientas que se echan de menos en el combate chileno contra los carteles, se aboga por la necesidad de que nuestra legislación consagre facultades nuevas y aproveche la experiencia de otros países en la materia. Siguiendo la línea del combate a los carteles por parte de nuestro país, el artículo trata como último tema las divergencias (y eventuales limitaciones) que se derivan de diferentes interpretaciones al tipo infraccional genérico y específico contemplado por nuestra ley. Finaliza el presente artículo con una síntesis, la cual contiene algunas conclusiones fundamentales que se desean destacar.

II. LA SENTENCIA A COMENTAR

El análisis del presente capítulo versará sobre la Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) N° 43, de fecha 7 de septiembre del año 2006, recaída en el requerimiento deducido por el Fiscal Nacional Económico (FNE) en contra de las empresas AIR LIQUIDE CHILE S.A., INDURA S.A., AGA S.A. y PRAXAIR

CHILE LIMITADA, fundamentando su acción en que dichas empresas habrían incurrido en actuaciones concertadas con el propósito de restringir la competencia y de discriminar a sus clientes, particularmente los hospitales públicos, en los términos del artículo 3º del Decreto Ley N° 211.

El TDLC examinó la evidencia para las diferentes infracciones imputadas bajo la expresión genérica precedente, absolviendo a las empresas involucradas de algunas de las infracciones imputadas, pero acogiendo parcialmente el requerimiento al declarar que “las requeridas han incurrido en una práctica concertada, con el objeto de hacer fracasar la licitación a que llamó la Central Nacional de Abastecimiento del Ministerio de Salud en el año 2004 para proveer a los hospitales públicos de oxígeno medicinal”. En virtud de la constatación anterior, y por fallo dividido¹, se condenó a las empresas requeridas a las siguientes multas a beneficio fiscal: a Indura S.A. 1.300 (mil trescientas) Unidades Tributarias Anuales; a AGA S.A. 1.100 (mil cien) Unidades Tributarias Anuales; a Air Liquide Chile S.A. 600 (seiscientas) Unidades Tributarias Anuales; y a Praxair Chile Limitada 200 (doscientas) Unidades Tributarias Anuales.

Con fecha 22 de enero del año 2007, la Corte Suprema (CS), conociendo de los recursos de reclamación deducidos en contra de la sentencia del TDLC por todas las partes, dictó sentencia (Rol 5057-2006), resolviendo rechazar el recurso de reclamación interpuesto por la FNE y acoger los recursos de reclamación deducidos por cada una de las empresas de oxígeno. Dichas empresas fueron, en definitiva, absueltas al no haberse acreditado que estas “hayan incurrido en la conducta descrita en el artículo 3 letra a) del DL 211 de 1973”.

III. ¿CUÁLES SON, EN TÉRMINOS ESPECÍFICOS, LAS INFRACCIONES IMPUTADAS?

Tal como consta en el punto 1.7 de los Vistos de la Sentencia del TDLC (p. 7), la FNE distingue tres tipos de comportamiento anti-competitivos. Así, pues, solicita al TDLC que declare:

¹ El Ministro Sr. Menchaca, en su voto disidente, estuvo por rechazar en todas sus partes el requerimiento de la FNE, contrastando su postura particularmente en lo referente a la imputación de actuación concertada de las empresas de oxígeno en la licitación, al concluir que “no se encuentra acreditado en forma legal el hecho que las requeridas hayan actuado coludidas en la licitación”.

“a. Que las requeridas han incurrido en conducta anticompetitiva, consistente en *actuar concertadamente* para eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia en este mercado del oxígeno, *por la vía del reparto de mercado*.

b. Que *en virtud de tal acuerdo*, las requeridas han *ejercido abusivamente el poder de mercado* logrado, mediante la *determinación anticompetitiva de precios excesivos y la discriminación por precios*; todo lo anterior, en especial perjuicio de los establecimientos hospitalarios del Sistema de Salud Pública.

c. Que han *actuado concertadamente frente a una licitación*, en perjuicio de los hospitales públicos del país”.

Para efectos analíticos, el TDLC agrupó las conductas eventualmente constitutivas de infracción en dos grupos²:

(1) práctica concertada de reparto de mercado cuya expresión y efecto es la determinación anticompetitiva de precios y la discriminación de los mismos, así como la dispersión de precios e imposición de precios muy por encima de los que pagaban otros clientes con niveles de consumo similares; y

(2) práctica concertada para eliminar o restringir la libre competencia en el proceso de licitación de Cenabast para la provisión de oxígeno líquido al sistema de salud pública, del año 2004.

¿Cuál es el sustento legal?

Ambas conductas imputadas como anticompetitivas pueden subsumirse sin inconveniente alguno en el tipo infraccional ampliamente genérico establecido en el Art. 3º del DL. 211, el cual alude, en su inciso primero a “[e]l que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”.

Los acuerdos o prácticas concertadas o de coordinación entre competidores es una de las más tradicionales infracciones anticompetitivas. En Chile, la letra a) del Art. 3º se refiere, por vía ilustrativa, precisamente a este tipo de infracción, al establecerse que “[s]e considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, a) Los acuer-

² Ver considerando 42, p. 96.

dos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran". Un análisis más detallado de algunas diferencias interpretativas que surgen de la relación entre el tipo infraccional genérico y el más específico se afrontará en la parte final del presente trabajo. Lo que a continuación se abordará será el alcance de lo que debe entenderse por acuerdo expreso o tácito y por práctica concertada.

IV. ¿A QUÉ SE ESTÁ HACIENDO REFERENCIA CON LA EXPRESIÓN “ACUERDOS EXPRESOS O TÁCITOS ENTRE AGENTES ECONÓMICOS, O LAS PRÁCTICAS CONCERTADAS ENTRE ELLOS”?

En el centro del debate suscitado en el caso objeto de estudio está el dilucidar si las empresas de oxígeno actuaron de manera independiente o de sí, por el contrario, actuaron concertadamente. A continuación, se desarrollará un breve análisis del ámbito y extensión del tipo infraccional, para, progresivamente, ir focalizándose en los puntos más fundamentales y, también, más complejos.

En primer lugar, este acuerdo o práctica concertada debe ser entre “agentes económicos”, expresión lo suficientemente amplia como para incluir no solo a las empresas –en este caso las de oxígeno–, sino, en general, a cualquier persona natural o jurídica capaz de llevar a cabo una actividad económica o comercial relacionada con bienes y servicios, cualquiera sea su estatus legal³.

En seguida, conviene tener presente que cuando se habla de acuerdo o práctica concertada no se está haciendo referencia a una conducta individual –no por casualidad la expresión agentes económicos está en plural–. Las conductas individuales se aprecian, básicamente, bajo la figura del abuso de posición dominante. Lo anterior es válido sin perjuicio que hay casos en que se ha utilizado, principalmente en otras jurisdicciones, la noción de dominancia colectiva.

³ Con lo que no resultaría, a priori, una excusa válida, que se diga que se está ante una persona sin fines de lucro, como podría ocurrir con una corporación, fundación o una asociación gremial.

Igualmente, cuando nos referimos a conductas individuales se quiere expresar que tampoco se está aludiendo a aquellos acuerdos o prácticas concertadas donde hay un solo agente económico. Es decir, creemos, basados en la doctrina y jurisprudencia extranjera dominante, que la infracción examinada no se aplica a acuerdos entre partes que forman una sola unidad económica, como la que podría ocurrir entre la matriz y su subsidiaria o entre dos compañías que estén bajo el control de una tercera, bajo el entendido que la o las subsidiarias no tienen real libertad para determinar su curso de acción en el mercado. Desde luego, si existe o no real independencia económica y, por ende, pueda o no considerárseles como agentes económicos distintos dependerá, en cada caso, de los hechos⁴.

Siguiendo con los matices e introduciéndonos paso a paso en los temas más centrales del caso, cabe señalar que la legislación chilena utiliza los vocablos “acuerdos” y “prácticas concertadas”, de manera similar a la legislación sobre libre competencia de la Unión Europea, y a la de muchos de sus países miembros, y un poco distinto –en la forma más que en el fondo– a los términos utilizados por la *Sherman Act* de Estados Unidos, en la cual se habla de “contrato, combinación, (...) o conspiración”. De hecho, la expresión “práctica concertada”, la cual está en el centro de la imputación hecha por la FNE, no se encontraba en la antigua legislación nacional, tomándose “prestada” de la legislación comunitaria europea (artículo 81 –antes 85– del Tratado de la Comunidad Económica Europea).

Pero antes de abordar lo que debiéramos entender por práctica concertada, conviene detenerse en la noción de “acuerdo”, la cual es distinta⁵. En general, se ha entendido que la expresión “acuerdo” tiene un significado amplio, cubriendo tanto los acuerdos legalmente vigentes o no, como aquellos escritos u orales. Más importante aún, no es necesario para que se verifique la existencia de un acuerdo, para estos efectos, que haya habido una reunión física de las partes del mismo: un intercambio de cartas o unas llamadas telefónicas bastarían si se alcanza un consenso acerca del comportamiento que cada parte adoptará.

⁴ OFFICE OF FAIR TRADING (OFT) (1999) y OFT (2004a).

⁵ En el requerimiento de la FNE en donde se hacen tres acusaciones, luego de la primera (letra a) en la cual se habla de “actuaciones concertadas”, la acusación (b) comienza con la expresión “que en virtud de tal acuerdo (...)", con lo cual se asimilan uno y otro término.

Hay que tener presente que el hecho de que una parte haya jugado un papel menor en el acuerdo, o que no haya estado muy comprometida en su implementación o, incluso, que haya ocurrido al mismo bajo presión de otras partes no significa que no haya sido parte en el acuerdo, independiente que la autoridad pertinente –en este caso el TDLC– pueda tomar en cuenta las diferencias para efecto de fijar la multa, como de hecho ocurrió⁶.

La legislación nacional especificó que el acuerdo podría ser expreso o tácito, con lo cual, condensó en una palabra (“tácito”) parte importante de desarrollos interpretativos anteriores. Pero no solo eso. Como ya hemos dicho, se incorporó la nueva expresión “prácticas concertadas”, la cual, como se verá, va más allá de lo que puede considerarse un acuerdo, particularmente uno expreso, aunque no mucho más allá (o al menos no claramente) de lo que sería un acuerdo tácito. En términos generales, la diferencia fundamental entre un acuerdo y una práctica concertada radica en que esta última puede existir donde hay una cooperación informal sin que haya una decisión o acuerdo formal.

Dado que la primera inclusión en un texto legal del término “práctica concertada” se encuentra en la legislación europea, resulta del todo útil aproximarse un poco a cómo su jurisprudencia ha ido dando forma al mencionado concepto, lo cual será abordado en el siguiente apartado⁷.

Noción de “práctica concertada”

En general, los precedentes legales recalcan que incluso si las partes no han alcanzado aquella etapa donde un acuerdo propiamente

⁶ A Praxair se le fijó una multa menor a las otras empresas en consideración a su comportamiento o cambio de comportamiento (según como se quiera ver) en la licitación.

⁷ Cabe hacer notar que a pesar que la primera consagración legal o estatutaria la encontramos en la legislación europea, si consideramos la elaboración jurisprudencial en Estados Unidos debiera reconocerse en dicho país el origen primario de la expresión “práctica concertada”. GOYDER (1998) p. 98 nos recuerda claramente lo anterior al afirmar que “vale la pena hacer notar que al tiempo de la celebración del Tratado de Roma en 1957, ninguno de los Estados Miembros, incluso si ellos contemplaban una legislación sobre libre competencia en su legislación doméstica, tenían en esta el equivalente a una ‘acción concertada’ o ‘práctica concertada’. Su introducción puede indudablemente ser atribuida a la influencia del derecho antimonopolio norteamericano, donde el concepto de ‘acción concertada’ ya era familiar tanto respecto de las relaciones horizontales como verticales”.

denominado ha sido celebrado, habría práctica concertada si ellos, a sabiendas, sustituyen el riesgo propio de un ambiente competitivo por la cooperación entre ellos⁸.

En el caso *Dyestuffs*, el primero importante sobre la materia, la Comisión Europea de la Competencia multó a varios productores por haber actuado concertadamente para fijar precios, lo cual se habría llevado a cabo, fundamentalmente, a través del anuncio anticipado (3 meses) de la intención de incrementar precios por parte de la empresa líder, alza que se habría materializado con posterioridad en forma coordinada o paralela por parte de las empresas involucradas⁹. En dicho fallo, la Corte destacó el carácter anticompetitivo que tendría una cooperación entre competidores “en orden a determinar un curso de acción coordinado” para incrementar los precios y “asegurar su éxito a través de la previa eliminación de toda incertidumbre”¹⁰. Se estimó que “aunque un comportamiento paralelo no puede en sí mismo ser identificado con una práctica concertada, puede, sin embargo, considerarse una evidencia sólida de tal práctica si da lugar a condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado, teniendo en consideración la naturaleza de los productos, el tamaño y número de agentes económicos y el volumen del aludido mercado”¹¹.

En la línea anterior, en el caso conocido como *Cartel del azúcar*, se repitió parte de las afirmaciones contenidas en *Dyestuffs* aludidas precedentemente, agregando que “(...) la cooperación práctica [entre competidores] da lugar a una práctica concertada, particularmente si permite a las personas involucradas consolidar sus posicio-

⁸ El lenguaje exacto utilizado en la decisión de la Corte en el caso *Dyestuffs* (64) [1972] E.C.R. 619 es el siguiente: “(...) a form of coordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes practical cooperation between them for the risk of competition”. Párrafos seleccionados de este caso pueden encontrarse, también, citados en KORAH (1994).

⁹ Se evidenció una similitud de la tasa y oportunidad (*timing*) en el incremento de precios. Hubo evidencia, también, de instrucciones enviadas por una compañía matriz a sus subsidiarias, así como del hecho de que habrían habido contactos informales entre las firmas involucradas.

¹⁰ *Dyestuffs* (118) [1972] E.C.R. 619. La versión más precisa en idioma inglés es la siguiente: “Although parallel behaviour may not by itself be identified with a concerted practice, it may however amount to strong evidence of such a practice if it leads to conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market, having regard to the nature of the products, the size and number of the undertakings and the volume of the said market”.

¹¹ *Dyestuffs* (66) [1972] E.C.R. 619.

nes ya establecidas en detrimento (...) de la libertad de los consumidores de elegir a sus proveedores"¹². En *Cartel del azúcar* se desestimaron las alegaciones de los productores en el sentido de que no habría habido un plan para proteger sus posiciones. La Corte reafirmó la relevancia como elemento probatorio que significaba cualquier contacto directo o indirecto entre los operadores, cuyo objeto o efecto haya sido influenciar la conducta en el mercado de un competidor actual o potencial o diseminar a tal competidor información sobre el curso de acción que ellos mismos han decidido o contemplado adoptar en el mercado¹³.

Este *consenso mental*, dirigido a sabiendas o conocidamente a sustituir la competencia por una cooperación práctica¹⁴, ha sido tomado como base para la aproximación de algunas autoridades de la competencia en ciertos países. Por ejemplo, la OFFICE OF FAIR TRADING (OFT) del Reino Unido ha considerado en su *guideline* sobre la materia que tomará en consideración los siguientes factores, a modo ilustrativo, para determinar si se está o no en presencia de una práctica concertada:

"[S]i las partes entraron o no en una cooperación práctica conscientemente o a sabiendas (*knowingly*);

Si el comportamiento en el mercado es influenciado como resultado de *contactos* directos o indirectos entre empresas;

Si el *comportamiento paralelo* es el resultado de un contacto entre empresas que dé lugar a *condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado*;

La *estructura del mercado* relevante y la naturaleza del producto involucrado;

El *número de empresas* en el mercado y, cuando hay solo pocas empresas, si estas tienen una *estructura de costos y resultados similares*"¹⁵.

La aproximación a la noción de práctica concertada ensayada con anterioridad permite entender la lógica y el tipo de evidencia esgrimida por la FNE y por el TDLC. Lo normal será que no exista evidencia directa de la existencia de un acuerdo propiamente tal.

¹² *Suiker Unie v. Commissie* [1975] E.C.R. 1916.

¹³ La versión textual en inglés es la siguiente: "any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market". *Suiker Unie v. Commissie* [1975] E.C.R. 1663-1942.

¹⁴ WHISH (1993) p. 196.

¹⁵ OFT (2004 a) párrafo 2.13.

Lo problemático será, a su vez, determinar qué tan lejos se puede llegar con las inferencias –o cuánta evidencia es suficiente– y hasta qué punto pueden atacarse comportamientos empresariales propios de mercados oligopólicos en que no hay intención consciente de coordinación o cooperación, pero que mirado en sus efectos, no es distingible de aquel comportamiento colusivo o cooperativo. O, incluso, dudas surgirán en aquellos casos en que habiendo conciencia de que se está actuando con paralelismo o coordinadamente, esto no responde a una intención de coludirse o concertarse, sino más bien a una estrategia racional dictada por la estructura del mercado.

V. EL MERCADO OLIGOPÓLICO RELEVANTE Y EL PROBLEMA DE LA INTERDEPENDENCIA

En términos muy simples, un oligopolio es un mercado caracterizado por unos pocos vendedores o prestadores de servicio¹⁶. En el caso en cuestión, el mercado relevante es el de provisión de oxígeno líquido medicinal a hospitales del sistema público de salud, para tres áreas geográficas determinadas¹⁷. Dicho mercado podría considerarse, si se atendiera solamente al número de actores, como oligopólico, toda vez que existen, básicamente, cuatro empresas proveedoras¹⁸. En todo caso, cuando se habla de un oligopolio hay que tener presente, tal como lo plantea WHISH, que “los mercados oligopólicos varían grandemente de uno a otro; algunos están al final del

¹⁶ Otros, como WHISH (1993), p. 467, caracterizan el oligopolio “por la presencia de unos pocos proveedores, ninguno de los cuales está individualmente en una posición de dominancia de mercado, pero en que cada uno de ellos es relativamente grande”.

¹⁷ La sentencia en su considerando 47 ha destacado la distinción entre dos submercados para el oxígeno líquido o gaseoso al determinar que “el oxígeno líquido o gaseoso para fines comerciales se distribuye principalmente en dos canales o mercados que, por sus características, son en principio distintos: el denominado mercado industrial, y el así llamado mercado medicinal, presentándose en ambos características diferenciadoras que, a juicio de este Tribunal, están suficientemente acreditadas en autos”. Hay que recordar que la FNE no realizó distinción alguna entre estos dos segmentos.

¹⁸ Hay que reconocer, no obstante, que se discute en doctrina respecto de cuán pocas compañías tienen que haber en un mercado para que este pueda ser considerado un oligopolio. Sin embargo, independiente de las muchas consideraciones que puedan plantearse al respecto, entre las cuales está la consideración de una dimensión más dinámica que permite verificar el nivel de competencia potencial existente y el grado de eficiencia alcanzado por los actuales competidores, lo importante de tener presente es que la estructura de mercado no es un antecedente inocuo en la determinación de si ha existido o no una práctica concertada.

continuum en el cual los mercados son competitivos, mientras que en otros, uno de los oligopolistas puede estar cercano a una posición de dominancia de mercado”¹⁹.

Existe una teoría en virtud de la cual se ha caracterizado el comportamiento en los mercados oligopólicos por la interdependencia de acción entre los competidores. Esta interdependencia que tendrían los actores sugiere que antes de tomar una decisión en relación a diferentes aspectos tales como el precio de sus productos o el volumen de producción, cada uno de los competidores toma en consideración las reacciones de mercado de los otros. Como lo describen SULLIVAN y HARRISON: la “[a]nticipación, reacción y coordinación de los movimientos de mercado de un competidor es central en la teoría de los precios oligopólicos. [] Dada la estructura del mercado, entonces, los productores estarán atentos a la reacción de los competidores a cambios en el precio y tomarán esto en consideración cuando tomen sus decisiones de precio. El interés común y el mutuo entendimiento dictan que los competidores en mercados concentrados se olviden de la competencia en precios. La pregunta es si tal interdependencia de mercado, conocida como precios oligopólicos, constituye un acuerdo o combinación en violación a la [sección 1], o si el comportamiento oligopólico es natural y racional a la luz de la estructura de mercado”²⁰.

¹⁹ WHISH (1993) p. 467.

²⁰ SULLIVAN y HARRISON (1994) p. 134. Hay autores, como POSNER, que rechazan la idea de que en mercados oligopólicos el comportamiento interdependiente que lleva a un paralelismo en la conducta de sus actores sea una consecuencia natural e inexorable de la estructura del mercado. Por el contrario, este plantea que siempre será posible para las empresas un actuar independiente, de modo que si existen indicios de tal tipo de comportamiento, equivalente en sus efectos a lo que podría considerarse una colusión o entendimiento tácito, caerían dentro de la prohibición pertinente de la Sherman Act. Siguiendo a STIGLER, el cual apuntó que los miembros de un cartel no solamente deben elegir un precio común sino también detectar y castigar a los discolos que lo rompan, POSNER cree, sin embargo, que será difícil, en la práctica, la existencia de estos comportamientos contrarios a la libre competencia. Teorías más recientes, las cuales tratan los problemas de coordinación no como resultado de un solo encuentro (*‘one shot’ encounter*) sino como un juego repetido (*‘repeated game’*) en la cual los participantes de la industria esperan interactuar con el otro una y otra vez en el tiempo, tienden a destacar la mayor probabilidad de coordinación tácita entre ellos. Para que exista por parte de las empresas una exitosa coordinación tácita (con efectos indeseables desde el punto de vista de la libre competencia) se resaltan dos condiciones importantes, pero sutiles a la vez: (i) la identificación por parte de estas de ciertas señales claves o puntos focales (*‘focal points’*) alrededor de los cuales las compañías pueden organizar sus decisiones de precio; y (ii) que exista el convencimiento entre los competidores que se castigará a aquellas empresas que se desmarquen de aquel comportamiento acordado en atención a los puntos focales. Para un adecuado monitoreo de la coordinación alcanzada se destaca la existencia, por ejemplo, de ciertas tácticas basadas en cláusulas

¿Es una acción (tácitamente) concertada lo mismo que una acción interdependiente en un mercado oligopólico?

Aun reconociendo que la línea divisoria puede resultar ser muy tenue, habría que afirmar que, desde el punto de vista legal, no son lo mismo. Una acción concertada o tácitamente colusiva, es distinto que un comportamiento interdependiente y, ciertamente, que una conducta enteramente independiente, esta última en el sentido de que sus decisiones hayan sido efectuadas sin consideración a la reacción de las empresas rivales.

Tanto un comportamiento interdependiente como uno independiente puede dar lugar a un paralelismo conductual. Por ejemplo, es perfectamente posible que en un mercado competitivo los precios tiendan a uniformarse y a cambiar en paralelo cuando existe una alteración en la demanda y/o en los costos. En tal caso, ningún tipo de consideración al comportamiento de los competidores se ha llevado a cabo²¹. A su vez, puede darse el caso de que una compañía decida qué hacer independientemente, en el sentido de no consultar con sus rivales, pero su decisión es interdependiente en el sentido de que la ganancia percibida de su elección depende enteramente de su estimación de cómo los competidores responderán al paso que se esté dando²². En efecto, en un mercado perfectamente competitivo, si una compañía baja sus precios, su acción tendrá un efecto imperceptible para sus competidores, por lo que no habrá necesidad por parte de estos de responder. En un oligopolio, en cambio, una reducción en el precio provocará una reacción de los otros dos o tres competidores, los cuales si no emparejan inmediatamente la reducción inicial se verán muy perjudicados. Igualmente, un oligopolista no podría incrementar su precio unilateralmente, debido a que sería derechamente abandonado por sus clientes o consumidores²³.

contractuales que permita a un actual proveedor de algún cliente darse cuenta del desmarque de algún participante en el plan de acción tácito. Interesantes síntesis de estas líneas de pensamiento pueden encontrarse, entre otros, en GELLHORN Y KOVACIC (1994) pp. 268-272 y en AREEDA Y KAPLOW (1997) pp. 227-232.

²¹ Muchas veces, la existencia de un cierto paralelismo en los precios cobrados por los actores en un mercado con pocos participantes, más que significar un daño a la libre competencia son reflejo de una fuerte competencia que da lugar a precios más bajos y márgenes más estrechos. El caso del Retail en nuestro país parece (al menos desde una mirada superficial) responder a la pauta anterior.

²² AREEDA Y KAPLOW (1997) p. 265.

²³ WHISH (1993) p. 468.

Así como se ha ilustrado cómo un paralelismo en el comportamiento de unos pocos actores en un mercado –que para estos efectos se ha denominado oligopolio– puede ser el resultado de un *actuar enteramente independiente* y de uno *puramente interdependiente*, más no colusivo, también dicho paralelismo puede ser reflejo de una *conducta tácitamente colusiva o concertada*. En efecto, no puede descartarse la existencia de un cierto paralelismo en los comportamientos tendientes a mantener un beneficioso *status quo* como un indicio de la existencia de una acción concertada de las empresas de un determinado rubro, como podría ocurrir con el mercado del oxígeno vendido a los hospitales públicos de nuestro país. Sin embargo, y aunque hay que reconocer que algún grado de discusión existe²⁴, la pura presencia de un paralelismo consciente no constituye una violación a las normas sobre libre competencia, es decir, no es prueba suficiente de una acción concertada o de una colusión tácita²⁵.

Como ya se ha visto de la jurisprudencia europea y de las pautas utilizadas por la OFT del Reino Unido, las cuales reflejan la doctrina emanada de las primeras, pareciera favorecerse la visión de que si bien la existencia de paralelismo puede ser un elemento probatorio importante, se requieren más indicios para que, considerados en conjunto (como ocurre con la prueba indiciaria o circunstancial, común en estos casos) pueda llegar a acreditarse la existencia de una acción concertada de los competidores en un mercado.

En el caso de EE.UU. la línea jurisprudencial y doctrinaria dominante va en la misma dirección. Al respecto, la enfática decisión de la Corte Suprema en el caso *Theatre Enterprises*, en 1954, parece haber inclinado la balanza luego de algunas importantes decisiones anteriores que, según algunos, podrían haber implicado dejar abierta las puertas para la consideración de que un puro paralelismo interdependiente de precios bastaba para ser considerado un acuerdo anticompetitivo según la sección 1^a de la Sherman Act²⁶. En el

²⁴ Como lo señalan GELLHORN y KOVACIC (1994) p. 234 para el caso de Estados Unidos, “Las Cortes han luchado con el tema de si una conducta paralela que parece fluir de un reconocimiento de interdependencia es suficiente, sin más, para inferir que ha habido un acuerdo”.

²⁵ Esta conclusión parece diferir de la sostenida por la FNE, la cual ha manifestado en alguna ponencia escrita que la alusión que hace el artículo 3º inciso segundo, letra a) del DL 211 a la voz “acuerdos (...) tácitos entre agentes económicos” hace referencia a las conductas paralelas conscientes (“The cartel under an ‘implicit agreement’ creates a consciously parallel conduct”). Ver OECD (2006) p. 87.

²⁶ Se está haciendo referencia a los casos: *Interstate Circuit* (1939) y *American Tobacco* (1946). No obstante el debate existente respecto de la interpretación completa de

aludido fallo, se manifiesta que “esta Corte nunca ha sostenido que la prueba de un comportamiento de negocios paralelo establece conclusivamente [la existencia de] un acuerdo (...) el ‘parallelismo consciente’ no puede ser aún leído como conspiración”²⁷.

VI. ¿CÓMO RECONOCER LA EXISTENCIA DE UNA PRÁCTICA CONCERTADA O CARTEL?

Profundizando y complementando un poco más los criterios utilizados por la OFT ya mencionados, es posible advertir ciertos signos que permitirían sospechar de la existencia de un cartel. Estos *signos* pueden ser encontrados tanto en la naturaleza y características de la *industria* como en el *comportamiento* de los actores de una determinada industria.

Cierto es que estos signos pueden ser reflejo de actividades legítimas, pero pueden también ser indicativos de la existencia de un cartel. De hecho, si a la presencia (cuidadosamente analizada) de algunos de los signos de la industria y de aquellos derivados del comportamiento de sus participantes se agrega evidencia (utilizando el lenguaje de la OFT) de que “el comportamiento en el mercado es influenciado como resultado de *contactos* directos o indirectos entre empresas”²⁸, constitutivos de una “cooperación práctica conscientemente o a sabiendas (*knowingly*)”²⁹, se tendrá un muy buen caso para atacar legalmente la concertación horizontal o cartel.

ambos casos, de la lectura (parcial) de ambos parece desprenderse la necesidad de indicios adicionales para acreditar que la conducta ha infringido la sección 1^a de la Sherman Act.

²⁷ En la versión completa en inglés, citada por GELLHORN y KOVACIC (1994) p. 273, se dice lo siguiente: “[T]his Court has never held that proof of parallel business behaviour conclusively establishes agreement or, phrased differently, that such behavior itself constitutes a Sherman Act offense (...) ‘conscious parallelism’ has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely”.

²⁸ La prueba de la existencia de contacto puede constituir un elemento importantísimo en la configuración de los indicios dirigidos a probar una práctica concertada. Muchos fallos han considerado la evidencia de contacto (no de un acuerdo, evidentemente) como uno de los factores adicionales más significativos (por ejemplo, a un paralelismo consciente – ‘parallelismo plus’). El intercambio o diseminación de información entre los competidores puede ser indicativo de la existencia de un contacto. El vehículo y la instancia en virtud del cual se traspasa información pueden ser diversos. Cuidado deben tener, a este respecto, las asociaciones gremiales. Desde luego, la existencia del testimonio de algún *insider* puede ser importantísimo como evidencia. Posiblemente la ausencia de prueba respecto de la existencia de contacto sea uno de los puntos débiles en la configuración de la infracción por parte del TDLC en el caso en estudio.

²⁹ A este respecto, VALDÉS (2006) pp. 526-527 plantea que “toda fórmula colusiva o conspirativa exige conocimiento y voluntad por parte de sus adherentes y no puede

Cuando la OFT hace, además, referencia a “[l]a estructura del mercado relevante y la naturaleza del producto involucrado”, así como al “número de empresas en el mercado y, cuando hay solo pocas empresas, si estas tienen una estructura de costos y resultados similares”, se está haciendo referencia a las características estructurales de la industria, y de las empresas, cuya presencia tendería a favorecer la existencia de una coordinación entre los competidores. En último término, cuando la misma OFT se pregunta “[s]i el comportamiento paralelo es el resultado de un contacto entre empresas que dé lugar a condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado”³⁰, se está aludiendo a la conducta misma de los participantes de una determinada industria o mercado, la cual, en caso de existir un cartel, se suele reflejar en ciertos signos más o menos característicos.

A continuación se enumerarán ciertos *signos de la industria* cuya presencia, y con la advertencia de que no constituyen por sí mismo prueba suficiente, ayudan a reconocer la existencia de un cartel. La literatura especializada³¹ sugiere que la ocurrencia de estas actuaciones concertadas puede ser más probable que ocurra en industrias donde los vendedores, compradores, producto y condiciones de mercado tienen ciertas características. Siguiendo a la AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION (ACCC)³² es posible sintetizar tales características de la siguiente manera:

- 1) *Vendedores o proveedores.* Es más probable que se configure un cartel en conductas donde: (a) es costoso o difícil para nuevos proveedores entrar en la industria; (b) hay solo unos pocos proveedores o un pequeño grupo controla la mayor parte del mercado; (c) los proveedores tienen costos similares o los costos fijos explican una alta proporción de los costos totales; y (d) hay una activa asociación gremial que da a los competidores la posibilidad de reunirse y discutir la industria.

bastar ni el mero conocimiento de un cartel ni la mera voluntad desinformada de las características fundamentales de aquel acuerdo contrario a la libre competencia”. (...) [M]ás que exigirse un plan común ha de buscarse una exigencia de reciprocidad que acremente una cooperación práctica entre competidores”.

³⁰ Siempre será una buena defensa por parte de los imputados demostrar la razonabilidad económica y comercial de su conducta. Es decir, y si es el caso (como ante la imputación de reparto de mercado por parte de las empresas de oxígeno), explicar, por ejemplo, por qué los precios cobrados difieren unos a otros, incluso ante similar volumen.

³¹ Ver, por ejemplo, IVALDI Y OTROS (2003) y GROUT y SONDEREGGER (2005)

³² AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION (2005)

- 2) *Compradores.* Un cartel es más probable de ser encontrado donde: (a) hay muchos compradores; (b) los compradores pueden ser fácilmente monitoreados; y (c) los compradores carecen de *expertise*.
- 3) *Producto.* Mientras más estandarizado sea un producto, más fácil será para los proveedores competidores alcanzar un acuerdo. Así, es posible argüir que es más probable que exista un cartel donde: (a) el producto o servicio es relativamente simple; (b) producto es un commodity; y (c) el producto o servicio tiene pocos o ningún sustituto cercano.
- 4) *Características del mercado.* Habrá mayor probabilidad de que se esté en presencia de un cartel en mercados donde: (a) la demanda por el producto o servicio es estable; (b) su crecimiento es moderado; y (c) la participación de mercado es importante.

Además de aquellos signos de la industria anotados precedentemente, es importante notar *signos derivados del comportamiento de los participantes*:

- 1) *Precios.* Las siguientes conductas pueden indicar que un cartel está operando: (a) cuando los precios o descuentos ofrecidos por los proveedores son similares o idénticos; (b) cuando se produce un incremento inesperado o injustificado de precios, o diferentes proveedores elevan sus precios en un monto similar y por el mismo tiempo; (c) cuando los proveedores cobran diferentes precios en ciertas áreas geográficas; (d) cuando un cambio en los precios sugiere que un proveedor es el líder y los otros lo siguen; y (e) cuando el rango de los precios anunciados o los mecanismos de descuentos existentes han cambiado repentinamente.
- 2) *Declaraciones de proveedores.* Puede ocurrir que los proveedores, accidentalmente, proporcionen indicios de su involucramiento en un cartel: (a) usando las mismas palabras o ideas al momento de explicar un incremento de precios; (b) manifestando que “la industria” ha decidido incrementar sus márgenes; (c) diciendo que no pueden venderte a ti, o que no pueden vender en tu área, debido a un acuerdo con otra compañía; o (d) diciendo que otro proveedor debiera haberte vendido a ti.
- 3) *Licitaciones.* También puede ocurrir que la colusión se dé frente a un proceso de licitación. De hecho, hay que recordar que la sentencia del TDLC encontró, precisamente, que hubo una acción concertada por parte de las empresas de oxígeno con oca-

sión del proceso de licitación de Cenabast. En el apartado siguiente se hará referencia específicamente y con algún mayor detalle a aquellos signos sospechosos derivados de conductas de competidores en procesos de licitación.

VII. CONDUCTAS SOSPECHOSAS DE COLUSIÓN O CONCERTACIÓN EN PROCESOS DE LICITACIÓN

Este tipo de conductas, también conocida como *bid-rigging*, es, junto a la concertación para fijar precios y aquella utilizada para repartirse mercados, un típico comportamiento ilustrativo de lo que se suele denominar como carteles duros o *hard cartels*. En términos generales, se está en presencia de *bid-rigging* cuando un comprador (en el caso en estudio, los hospitales a través de la Cenabast) licita la compra de bienes y servicios. Los postores o *bidders* acuerdan de antemano quién presentará la postura u oferta ganadora. El comprador, quien depende de la existencia de competencia entre las empresas participantes para obtener el más bajo precio competitivo posible, recibe como oferta más baja, en cambio, una que es mayor que aquella que un mercado competitivo produciría.

Siguiendo en este tema al USDOJ³³, se suelen identificar cuatro mecanismos básicos involucrados en muchas conspiraciones frente a procesos de licitación. Un primer tipo de mecanismo se conoce como *Bid Supression*, en el cual uno o más competidores se coluden para no hacer posturas o para retirar una oferta presentada previamente, de modo que la empresa postora designada sea la que gane. Bajo este mecanismo, es esperable que el competidor que se “bajó” reciba algún tipo de recompensa, sea por la vía de una subcontratación, un pago o cualquier otro sistema.

Un segundo mecanismo, dirigido fundamentalmente a dar una apariencia de competencia, se denomina *Complementary Bidding*. Aquí los conspiradores presentan (como señal o gesto) una oferta intencionalmente alta o que intencionalmente falla en satisfacer todos los requerimientos exigidos en la licitación en orden a perder el contrato.

Una tercera forma es conocida como *Bid Rotation*, en donde todos los conspiradores presentan una oferta o postura, pero que, en vir-

³³ Ver UNITED STATE DEPARTMENT OF JUSTICE (USDOJ), ANTITRUST DIVISION, pp. 2-4.

tud de un acuerdo entre ellos, se van turnando para la realización de la oferta con el menor precio (o la mayor según el caso).

Por último, también se ha categorizado aquella variedad identificada como *Customer or Market Allocation*. Bajo este esquema los co-conspiradores acuerdan dividirse los clientes y las áreas geográficas. El resultado es que estos no realizarán posturas o harán solo una de carácter complementaria cuando se licita el área no asignada previamente a ellos.

Muchas de las consideraciones anteriores sobre cuáles son los elementos a tener en consideración para verificar la existencia de una práctica concertada anticompetitiva son también válidos en este caso. Sin embargo, en los casos de una acción concertada frente a un proceso de licitación es posible identificar algunos patrones de conducta específicos que permiten sospechar (y eventualmente, junto a otras evidencias, probar) la existencia de este tipo de fraude o colusión.

Con base en lo dispuesto por la USDOJ, algunos indicadores eventualmente sospechosos de la existencia de colusión en un proceso de licitación serían los siguientes³⁴: (a) cuando se reciben ofertas o posturas idénticas de diferentes compañías; (b) cuando las ofertas son por un precio mayor que el de referencia estimado por el licitante o superior a lo cobrado por las mismas compañías en otras áreas u oportunidades; (c) cuando la compañía ganadora de la licitación subcontrata parte del negocio a uno o más de los postores perdedores; (d) cuando hay alguna indicación de una alteración física de las ofertas o posturas, particularmente en el último minuto; (e) cuando las posturas de algún oferente difieren sustancialmente para uno u otro caso sin relación con los costos; (f) cuando el rango de las ofertas entregadas muestran una clara distancia entre el ganador y todos los demás; (g) cuando se aprecia que las ofertas de todas las compañías son muy cercanas (indicativo, eventualmente, de que los postores conocían el precio que iban a ofrecer los demás); (h) cuando se aprecia el mismo incremento o rebaja entre las ofertas de cada compañía; (i) cuando las compañías presentan pos-

³⁴ Como ya se ha señalado con anterioridad, los indicadores mencionados no constituyen prueba de colusión. Por ejemplo, bien puede ocurrir que en una licitación una compañía haya entregado una oferta intencionalmente alta y respecto a la cual no espere su éxito por sus propias razones comerciales independientes, tales como estar demasiado ocupado para realizar el trabajo, pero desear estar en la lista de las compañías postoras.

turas diferentes por el mismo (o muy similar) producto o servicio respecto de licitaciones cercanas en el tiempo; (j) cuando hay cierta evidencia física de colusión, tal como ocurriría si diferentes compañías entregan sus ofertas con la misma caligrafía a mano o en los mismos sobres, o con los mismos errores matemáticos u ortográficos, etc.; (k) postulantes calificados no realizan posturas, especialmente si ellos dan, inicialmente, pasos para entregar una oferta; (l) cuando un contrato es vuelto a licitar debido a que todas las ofertas iniciales eran inaceptables y los postores vuelven en el mismo orden; (m) cuando hay incrementos significativos por muchos postores en relación a los precios previos, no habiendo existido un incremento sustancial en los costos; (n) cuando los precios ofrecidos caen misteriosamente cuando un nuevo postor aparece en escena; (ñ) cuando los competidores han sido vistos recién antes o después de que las posturas han sido entregadas; etc.

Debe quedar claro, en todo caso, y tal como se suele enfatizar cada vez que se hacen este tipo de listas, que los indicadores de colusión solamente llaman a profundizar una investigación para determinar, en definitiva, si existe realmente colusión o si hay una explicación inocente de los eventos en cuestión.

En los acápite precedentes se ha intentado pintar un panorama teórico y global del tema de la colusión o práctica concertada (horizontal) entre competidores, lo cual también da lugar a su denominación como "cartel". El propósito fundamental ha sido permitir que el lector se forme una idea más acabada (i) de las características conductuales y estructurales de aquellos mercados en donde podría existir una mayor probabilidad de concertación anticompetitiva o cartelización; (ii) del tipo de indicio que puede resultar común encontrar cuando se discute sobre estos temas; así como (iii) de los requerimientos legales usualmente exigibles para que se configure una infracción como la que es objeto de estudio. En los próximos capítulos se sintetizará el razonamiento y evidencia desplegada respecto de cada uno de los dos grupos de infracciones imputadas, para, posteriormente, tratar el tópico relativo a la carga de la prueba e intentar dar alguna luz sobre el importante y poco discutido tema (al menos en nuestro país) de cuál debiera ser el estándar de apreciación probatoria formal exigible.

VIII. ¿EN QUÉ HA CONSISTIDO LA EVIDENCIA DESPLEGADA?

8.1 La evidencia desplegada sobre la alegación de concertación para repartirse el mercado

Para probar la existencia de una acción concertada entre las empresas de oxígeno para repartirse el mercado, la FNE no utiliza evidencia directa, sino circunstancial. Esto no quiere decir que la segunda sea de menor valor que la primera. De hecho, lo normal en este tipo de casos es que no exista una prueba directa de un acuerdo o colusión. Lo que ocurre es que para probar una práctica concertada a través de evidencia circunstancial se requiere encadenar una serie de hechos de forma tal que, en su conjunto, permitan acreditar lo que se quiere probar.

La FNE ha intentado probar el caso atendiendo a la estructura del mercado, así como a la conducta de los actores del mismo. El camino anterior resulta razonable, pero, como el mismo TDLC lo ha constatado, la evidencia ofrecida es limitada e incompleta.

Luego de identificar el *mercado relevante* (desde el punto de vista geográfico como del producto); el *número de actores* y la *participación de mercado* de los mismos; además de las posibles *barreras de entrada*, la FNE se enfoca en el comportamiento de las empresas a través del cobro de *precios*. Estos últimos –unido a los elementos estructurales ya aludidos– serían indicativos, según el requerimiento, de la existencia de una concertación para restringir la competencia entre los competidores. Estos ya no competirían para disputarse los clientes actuales, lo cual se reflejaría en el abuso (y consiguiente beneficio) derivado del *cobro de precios de venta distintos para situaciones que serían razonablemente similares*. Para lo anterior, se utiliza la expresión “dispersión de precios” y “discriminación de precios”, tanto en relación a la diferencia de precios cobrados a los hospitales públicos, como a la diferencia en el trato entre estos últimos y los clientes industriales.

Este comportamiento aparentemente errático o disperso de las empresas competidoras, si bien no es paralelo –como es esperable que ocurra ante una hipótesis de fijación de precios–, sería al menos consistente, desde el punto de vista de la FNE, con la hipótesis de reparto de mercado. Este escenario anticompetitivo da lugar, según la FNE, a la distorsión de que “[e]n resumen, los hospitales le com-

pran los mayores volúmenes de oxígeno líquido a las empresas que cobran los precios más altos del mercado”³⁵.

El TDLC relata la posición de la FNE de la siguiente forma:

“Según la FNE, puede observarse una gran dispersión de precios, sin que se observe una relación entre estos y las cantidades consumidas, o entre el precio y las distancias desde los centros de abastecimiento hasta los hospitales.

En el pasado, en el momento de renovar contratos, los hospitales, si es que llegaban a cotizar, recibían respuestas del resto de las empresas proveedoras levemente mejores a la cotización vigente, pero estas eran mejoradas por la empresa cuyo contrato estaba por vencer, lo que evidencia, en concepto de la FNE, un pacto de no agresión.

En definitiva, la FNE considera que el hecho que los hospitales no dirijan sus compras a los proveedores que cuentan con precios más bajos es el más claro indicador de reparto de mercado bajo la forma de un pacto para no disputar a los clientes actuales. La forma en que se cumpliría dicho acuerdo sería la negativa de venta por parte de cada requerida, ante la solicitud de un hospital que pertenece a la nómina de clientes de algún competidor, lo que es facilitado por la propiedad que detenta cada proveedor de los estanques de almacenamiento, lo que implica el dominio sobre una instalación esencial. Así, todas y cada una de las empresas tienen poder de mercado para fijar precios y discriminar clientes, porque se lo han otorgado sucesiva y recíprocamente”³⁶.

Se ha mencionado en acápitres anteriores de este trabajo que puede haber numerosos y variados parámetros indicativos de una mayor probabilidad o no de ocurrencia de colusión. La FNE intenta, como sería razonable esperar, destacar la presencia de aquellos criterios que estarían en línea con el comportamiento que pretende demostrar. Dentro de los factores estructurales, parece evidente que el reducido número de empresas oferentes, los cuales abarcan la totalidad del mercado de venta de oxígeno a los hospitales, es un antecedente que está más en línea con la probabilidad de ocurrencia de una colusión entre competidores³⁷. Igualmente, se destaca, mirando la demanda, el escaso poder de la contraparte compradora (los hospitales), los cuales “actuaban, antes de la licitación de Cenabast, de

³⁵ Requerimiento de la FNE, p. 8.

³⁶ Vistos, punto 1.7 (a), p. 2.

³⁷ Independiente que se diga que los niveles de concentración en un mercado no son indicativos de poder de mercado (algo que, por lo demás, no requiere probarse ante el tipo de infracción imputada), resulta claro que constituye un elemento (entre otros y junto a otros) a favor de la demostración de colusión.

manera dispersa y no coordinada”³⁸, y que, a veces, ni siquiera habrían pedido cotizaciones que permitieran un mejor aprovechamiento de las fuerzas del mercado³⁹.

Así como se destacan aquellos elementos más en línea con la existencia eventual de colusión, la FNE omite otros parámetros, sea por inconveniencia o, simplemente, por no contar con datos suficientes para ello.

No obstante, más problemático para el caso que pretende probar la FNE, es el hecho de que en el análisis y presentación de aquellos parámetros que supuestamente le ayudarían en su causa, se aprecia cierta debilidad. A continuación se comentarán brevemente algunas argumentaciones y antecedentes:

En primer lugar –aunque no primero en importancia–, no se acredita la existencia de barreras de entrada. En efecto, se desestimó por el TDLC que la propiedad sobre los estanques de almacenamiento por parte de los respectivos proveedores implicara tal calificación⁴⁰. Si bien para algunos tal constatación podría significar una radical debilidad en el caso levantado por la FNE, no lo apreciamos de esa forma. Indudablemente que habría sido de alguna utilidad la acreditación de barreras significativas de entrada, pero se trata de un elemento más entre varios en un mercado que durante un importante número de años se ha mantenido con casi los mismos actores.

Afectó, también, las pretensiones de la FNE la reducción que se hizo del mercado relevante. La FNE no hacía distinción entre el mercado hospitalario y el industrial⁴¹. Parte de la evidencia de la FNE consistía en ilustrar la gran diferencia en el precio cobrado a los hospitales en comparación a aquel que se hacía a clientes industriales, a pesar de tratarse de cantidades similares y, en muchos casos, de una ubicación parecida. Al determinarse que el producto y el servicio a los hospitales tenían características diferentes al de los clientes industriales, terminaba desestimándose,

³⁸ Considerando 55.

³⁹ Con posterioridad se hará referencia a la ineficiencia de los hospitales públicos para obtener provecho de la competencia en el mercado (aunque esta no sea mucha).

⁴⁰ En el considerando 52 se plantea que: “[e]n opinión de este Tribunal, el hecho que dichos estanques sean de propiedad de las empresas no se puede considerar una barrera de entrada o de salida, si no que, más bien, constituye un costo de ingreso o de cambio que no supone un obstáculo insuperable para un potencial entrante al mercado”.

⁴¹ Ver considerandos 47 a 49.

por ende, la evidencia indiciaria propiciada por la FNE. A continuación se ilustra una de las argumentaciones recurrentes del TDLC sobre el particular⁴²:

“la FNE ha señalado que Air Liquide vendió, el año 2003, 100.930 m³ de oxígeno líquido al Hospital Roberto del Río, a un precio promedio de \$ 433/m³; en circunstancias que, en el mismo año, vendió 97.073 m³ de oxígeno líquido a Minera Meridian Ltda., a un precio de \$ 189/ m³ (...) A juicio de este Tribunal, la FNE compara en este caso precios cobrados en dos mercados que, como ya se ha establecido precedentemente, son vecinos o conexos”⁴³.

Igualmente, hubo varios contratos (parte del conjunto de indicios presentados por la FNE) que fueron desestimados (erróneamente en nuestra consideración)⁴⁴ en razón de haber operado la prescripción de dos años contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia⁴⁵. Los mismos hechos recién citados recibieron la misma impugnación por el TDLC:

“[la FNE] utiliza, como elementos a comparar, un contrato –el del Hospital Roberto del Río– y otro –el de Minera Meridian– celebrados ambos en fechas anteriores al tres de agosto de 2003, por lo que la acción ejercida a su respecto por la Fiscalía es de aquellas a las que debe aplicarse la pres-

⁴² No obstante, cuando se analiza el segundo grupo de infracciones el TDLC sí valida y utiliza como argumento estas diferencias de precios entre clientes industriales y hospitalarios.

⁴³ Considerando 67, pp. 109-110.

⁴⁴ Estimamos que en relación al tema de la prescripción la posición de la FNE es la correcta. Tal como se relata en el considerando 6 (foja 13) de la sentencia de la Corte Suprema en el recurso de reclamación a la sentencia del TDLC, la FNE plantea que: “[l]a ejecución del acuerdo de reparto provoca efectos permanentes, y por ello el plazo de prescripción debe contarse desde la fecha de término del contrato, y no como lo hace el fallo impugnado, desde la de su celebración”.

La Corte Suprema no se pronunció directamente sobre este tema en su sentencia.

⁴⁵ Independiente de la discusión de a partir de cuándo debe contarse el lapso de dos años, también reviste importancia el tema de cuándo dicho lapso puede ser interrumpido (dejando eventualmente sin efecto la prescripción). La norma actualmente vigente establece que la prescripción opera por la presentación de un requerimiento de la Fiscalía ante el TDLC. En el proyecto de ley actualmente en curso se propone una modificación en que se establece que dicha interrupción ocurrirá cuando el Fiscal inicie una investigación, y la Fiscalía dé noticia de tal hecho al investigado. La reforma propuesta parece razonable. Se estima acertada, en todo caso, la sugerencia de LIBERTAD Y DESARROLLO, a través de A. Buchheister, quien (tal como aparece relatado en el Primer Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados) sostiene que “[s]i bien es razonable la modificación de radicar la interrupción en las actuaciones de investigación del Fiscal, no lo es la imprecisión con que se establece: la mera noticia, lo que es vago y generará problemas de interpretación. Debiera decir desde que notifique al afectado de haberse iniciado una investigación en su contra y por determinados hechos. Los ciudadanos tienen el derecho de saber que son investigados y por qué razón”.

cripción, tal como se ha determinado en el considerando trigésimo cuarto, precedente; razón por la cual esta acusación será rechazada”⁴⁶.

No obstante lo anterior, la debilidad más significativa del caso levantado por la FNE, radica en que muchas de las diferencias de precio, supuestamente indicativas de un comportamiento concertado, podían responder a diferencias concretas y, eventualmente, justificadas para cada caso particular. Es decir, la discriminación de precios no necesariamente se daba ante situaciones razonablemente similares, en cuyo caso habría resultado difícil explicar el comportamiento de las empresas de oxígeno. En opinión del TDLC, si bien no es posible avalar que las diferencias respondan a múltiples factores diferentes de la hipótesis de colusión, no es posible desestimarlos como circunstancias justificadorias:

“Que, a juicio de este Tribunal, de la evidencia aportada por las partes al proceso *no es posible concluir si la dispersión de precios observada antes de la licitación de Cenabast es expresión o efecto de una conducta concertada de las requeridas en orden a repartirse el mercado del oxígeno medicinal, o si, en cambio, no es más que una consecuencia natural de la opacidad antes referida y de la conjunción de diversos factores concomitantes, tales como, entre otros, (a) la ubicación geográfica de las plantas de producción de oxígeno en relación con la ubicación de los distintos hospitales (aun cuando no existe evidencia en autos de que, para todos los casos, exista necesariamente una correlación directa entre ambas ubicaciones y la dispersión observada); (b) la disímil duración de los contratos y de las relaciones cliente-proveedor; (c) las diferencias observadas en la capacidad de negociación de los distintos hospitales; (d) las diferentes condiciones de pago asociadas a cada cliente según su comportamiento histórico al respecto; y (e) excedentes de producto disponible en planta al momento de firmar el contrato respectivo; circunstancias todas acerca de las cuales se han aportado abundantes antecedentes en autos*”⁴⁷ (énfasis agregado).

Cabe destacar, también, que sí hubo casos en que, en opinión del TDLC, no hubo una explicación razonable de la diferencia de precios cobrada, pero, al mismo tiempo, determinó que no había pruebas suficientes para acreditar lo contrario, esto es, la existencia de concertación. En otras palabras, se constató en algunos casos debilidad en la defensa (de las compañías), pero, también, una debilidad

⁴⁶ Considerando 67, pp. 109-110.

⁴⁷ Considerando 59.

en el ataque (de la FNE). Esto se puede apreciar, por ejemplo, del siguiente párrafo de la sentencia:

“(...) corresponde analizar si la dispersión de precios que aquí imputa la FNE, evaluada en contexto, revela o no una práctica concertada de reparto de mercado cuya expresión y efecto es la determinación anticompetitiva de precios y la discriminación de los mismos. A juicio de este Tribunal, si bien la imputada en este caso no probó que tal dispersión de precios era consistente cuantitativamente con diferencias de costos, la FNE tampoco aportó antecedentes adicionales sólidos que permitan arribar a estos sentenciados a la convicción de que, de la determinación del precio y su discriminación, deba desprenderse una práctica concertada de las requeridas (...)”⁴⁸.

Así, pues, el TDLC arribó, sobre la imputación de concertación para repartirse el mercado, a la siguiente conclusión:

“Que, al tenor de las consideraciones precedentes, es posible concluir que no existe evidencia ni indicios suficientes para acoger la pretensión de la FNE respecto del primer grupo de conductas que ha imputado a las requeridas como indicadoras de una práctica concertada de reparto de mercado, debiendo tenerse presente, sin embargo, que tales conductas, tal como se ha demostrado, se llevaron a cabo en el contexto de un mercado caracterizado por un elevado grado de opacidad que, sin duda, afectaba a los demandantes de oxígeno medicinal en el sector público de salud; y que, además, permitía a los oferentes en este mercado –y en su vecino, el del oxígeno industrial– extraer de sus clientes un excedente del consumidor superior al que podría haberse obtenido de los mismos en condiciones de mayor transparencia. Lo anterior, como se verá, es un elemento de juicio importante para el análisis del segundo grupo de conductas imputadas a las requeridas, esto es, la circunstancia de haberse coludido con el propósito de hacer fracasar, en su propio beneficio, la licitación convocada por Cenabast para, precisamente, poner término a las asimetrías de información que afectaban a los hospitales. Adicionalmente, debe tenerse también en cuenta que, tal como consta de los documentos que rolan a fojas 188 y 189 del cuaderno de documentos que contiene los antecedentes remitido a este Tribunal por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Argentina, existen indicios de contactos e intercambios de información entre las empresas oferentes en estos mercados, orientados a aprovechar, con algún grado de coordinación, las ventajas que el referido contexto de opacidad les proporcionaba. Esta modalidad de coordinación, por lo demás, presenta cierto arraigo en la industria, tal como se evidencia de la jurisprudencia europea de defensa de la competencia, que ha fallado en el pasado casos similares, sancionando conductas coordinadas de em-

⁴⁸ Considerando 64.

presas relacionadas con las requeridas de autos. Así consta, por ejemplo, en la decisión COMP.37.600 de la Comisión Europea, de fecha 24 de julio de 2002”⁴⁹ (énfasis agregado).

Finalmente, debe recalarse la ausencia de evidencia ya no de un entendimiento –lo que constituiría una evidencia directa–, sino, simplemente, de contacto –directo o indirecto– entre las empresas competidoras. El intercambio de información en el mercado argentino al que se hace referencia resulta ser demasiado colateral y débil⁵⁰. Si bien el TDLC no lo dice, estimamos que por muy plausible que pueda ser la evidencia circunstancial económica –cosa que no ocurre respecto de esta específica imputación– resulta extremadamente difícil, sino imposible, que se llegue a acreditar o probar la existencia de una colusión o práctica concertada. No es casualidad que la OFT –símil de la FNE en el Reino Unido– haya mencionado expresamente en sus *guidelines* o directrices la evidencia de contacto como elemento probatorio. La jurisprudencia europea y norteamericana ante un comportamiento paralelo consciente parece sugerir la necesidad de que se acredite la existencia de contacto –directo o indirecto–. En consecuencia, a este respecto la posición del TDLC parece correcta.

8.2 La evidencia del TDLC para concluir que ha existido una acción concertada de las empresas de oxígeno frente a la licitación

Para el caso de concertación frente al proceso de licitación, se reseña por el TDLC paso a paso las posturas de las empresas y de cómo, en un determinado momento, la colusión entre los postulantes se habría roto, bajándose abrupta y significativamente los precios ofrecidos.

Como en toda prueba conjetural, la evidencia deriva de la explicación lógica de un conjunto de hechos o indicios. En su intento por demostrar la existencia de colusión, el TDLC sustenta su convicción en indicios estructurales y conductuales. Los primeros, referidos a

⁴⁹ Considerando 69.

⁵⁰ El intercambio de información es una forma de contacto. Pero el caso argentino aludido se trata de un escenario legal y fáctico distinto. Estos hechos, además, parecen no estar fehacientemente probados. Hay que reconocer, en todo caso, que aunque se trate de antecedente débil, es un “grano de arena” más en el intento de probar la colusión. Es decir, no se trata de un antecedente completamente inocuo, aunque sí de una utilidad poco significativa.

las condiciones estructurales del mercado, fueron en su mayoría reseñados ya con ocasión del examen de la imputación de colusión para repartirse el mercado. El segundo tipo de indicios, la mayoría de ellos derivados de la conducta de las empresas involucradas, son, en general, los que se indican a continuación:

(a) El precio ofrecido por las empresas de oxígeno en las primeras rondas del proceso de licitación⁵¹ fue muy superior tanto al precio que, en general, se cobraba a los hospitales, como al precio mínimo de referencia –el cual si bien se mantuvo en reserva durante las primeras etapas, se sabía –por la propia Cenabast– que sería inferior a los precios vigentes a aquella época–:

“los precios mínimos cobrados a los hospitales públicos en el período previo a la licitación de Cenabast eran, tal como se describirá a continuación, sustancialmente inferiores a los ofrecidos por las empresas en las primeras rondas de la licitación, y bastante próximos a los precios de referencia que contemplaba dicho proceso licitatorio. Lo anterior constituye, a juicio de este Tribunal, un primer indicio relevante para establecer si en esta licitación concurrieron o no los incentivos que, según la FNE, habrían llevado a los participantes a coordinar su comportamiento”⁵².

(b) Las condiciones de licitación implicaban una reducción de costos y de incertidumbre para los oferentes, lo cual (en opinión del TDLC) hace injustificable el diferencial de precio aludido en (a):

“Ello, a pesar de que las requeridas, con el objeto de justificar las diferencias entre los precios prevalecientes antes y después de la licitación, han argumentado que las condiciones establecidas por la Cenabast reducían costos e incertidumbre para los oferentes, por contemplar una asignación de plazo fijo por cinco años, con mayores volúmenes de venta, con una reducción importante en la probabilidad de mora, y sin exigir la provisión de estanques, entre otros factores”⁵³.

“Que, así las cosas, *no existe a juicio de este Tribunal justificación económica alguna para que no haya habido más competencia durante las primeras etapas de la licitación, y para que los precios ofrecidos por las requeridas desde su inicio no reflejaran las condiciones planteadas por la misma, las que implicaban menores costos y menores riesgos para los proveedores en comparación con la situación existente antes de la licitación de Cenabast (...)*”⁵⁴ (énfasis agregado).

⁵¹ Descrito detalladamente en el considerando 70.

⁵² Considerando 60, p. 11.

⁵³ Considerando 72, p. 114.

⁵⁴ Considerando 75, p. 116.

(c) La negativa de Indura –quien había ofrecido el menor precio al términos de la ronda anterior– de igualar el precio de referencia, a pesar de que habrían existido antecedentes (según el TDLC) de que dicha empresa sí podía suministrar rentablemente el servicio a este último precio. Un razonamiento parecido se hizo con AGA, la cual en todos los casos declinó variar su oferta inicial:⁵⁵

“Para la Zona Centro Extendida, Indura, que fue consultada en primer lugar y que llegó con un valor de \$ 465, declinó igualar el precio de referencia de \$ 301. Este hecho no puede dejar de destacarse, toda vez que, como se consignará más adelante, obra en autos un indicio inequívoco de que esta compañía tenía capacidad para suministrar rentablemente el producto a ese precio”⁵⁶.

(d) El comportamiento de las empresas (la discriminación y dispersión de precios) se explicaría, en parte, según el tipo de cliente de que se trate⁵⁷. Por un lado estarían aquellos denominados “clientes proceso” –grandes demandantes o clientes–, para los cuales se justifican contratos de largo plazo, además de la inversión *in situ* de cierta infraestructura. Para este segmento las barreras de entrada no serían significativas, existiendo los incentivos para que se dé una fuerte competencia *ex ante*⁵⁸. Pero, según el TDLC, habrían “clientes no proceso” a los cuales se les proveía el servicio en un escenario opaco, y poco competitivo, que fomentaría la discriminación de precios –con los consiguientes beneficios para los proveedores–. Según el TDLC, la licitación de Cenabast pondría en riesgo este atractivo escenario, lo que explicaría el incentivo de las empresas a coludirse para lograr su fracaso (ofrecimiento relativamente parejo de precios muy superiores). Se destaca que una de las empresas reconoce –aunque no respecto de ella– que para un competidor una alteración del escenario de opacidad prelicitación –vía sinceramiento de costos y precios– resultaba inconveniente, dada la reacción que gatillaría en los clientes “no proceso” para presionar por una baja de precios:

⁵⁵ Véase el considerando 74, pp. 115-116.

⁵⁶ Considerando 70, N° 5, p. 113.

⁵⁷ Se distingue entre (i) Clientes “proceso”, los cuales son aquellos grandes demandantes a quienes se les construye *in situ* una planta dedicada de producción de oxígeno líquido para fines industriales, y (ii) los otros clientes, denominados “no proceso”, en el cual se abarca tanto a aquellos hospitales a los cuales se les vende oxígeno medicinal como a empresas industriales cuyo volumen de consumo no justifica una planta procesadora dedicada. Ver considerando 77 y 78, p. 116.

⁵⁸ Por lo mismo, el TDLC estima que no se comprende que no haya suficiente competencia por su provisión (ver párrafo final del considerando 79).

“[E]s difícil determinar los costos marginales de cada producto. Si a ello se agrega que no hay competencia efectiva –dado que el productor que tiene un cliente proceso en la cercanía de un cliente pequeño tendrá ventajas en la provisión del producto a este último–, y puesto que a ese nivel de demanda no hay incentivos para la entrada de una planta adicional y los costos de transporte son importantes –según lo alegado– las mismas requeridas (sic), no hay en este mercado un grado de rivalidad que tienda a igualar los precios a los costos marginales, sino que, más bien, lo que ocurre es que a cada cliente se le cobra el mayor precio que se pueda obtener en la negociación”⁵⁹.

“[E]sta –administración de ingresos– o, más directamente, discriminación de precios solo es posible en el contexto de un mercado opaco”⁶⁰.

“Pero si las disponibilidades a pagar de los clientes no son significativamente distintas, o sus diferencias no se pueden capturar por diferentes características del producto, como en el ejemplo anterior, solo queda la negociación caso a caso y esta siempre va a ser más favorable para el vendedor si hay opacidad en cuanto a los precios que cobra al resto de sus clientes, como es el caso de autos;”⁶¹.

“[E]ste Tribunal considera que la opacidad en el mercado en el que participan los clientes “no proceso” estaba fuertemente amenazada por la licitación de Cenabast. En el informe acompañado por Praxair, se argumenta que *a Indura no le convenía transparentar sus costos porque mantenía un monto significativo de contratos con hospitales públicos* (página 14). *Si ocurría lo anterior, el resto de sus clientes “no proceso” presionarían por una reducción de los precios que estaban pagando.* Este Tribunal considera que dicho argumento es incompleto, aunque constituye un indicio más de los incentivos que primaron en esta licitación; incentivo que es apto para establecer la existencia de una práctica concertada por las requeridas en orden a hacer fracasar la licitación de Cenabast;”⁶² (énfasis agregado).

“Que, en efecto, este Tribunal estima que a todos los agentes del mercado que ya tenían una alta penetración en el segmento de los clientes “no proceso”, les era inconveniente que se transparentara el mismo”⁶³ (énfasis agregado).

(e) No era inocuo el monto de las ofertas en las primeras rondas, ya que de ello dependía quiénes clasificaban (y quién quedaba elimi-

⁵⁹ Considerando 82, p. 117.

⁶⁰ Considerando 83, p. 117.

⁶¹ Considerando 83, p. 118.

⁶² Considerando 84, p. 118.

⁶³ Considerando 85, p. 118.

nado), así como el orden en que ellas iban a poder optar por alcanzar el precio de referencia u otro menor según el caso.

“AGA intentó desvirtuar cualquier conclusión que pudiese obtenerse de la diferencia de precios entre las etapas iniciales de la licitación y el precio de referencia, que fue el finalmente aceptado. Este Tribunal desechará este argumento, porque los precios de cada etapa efectivamente tenían relevancia, tanto para descartar a la empresa con precio más alto como para luego establecer el orden en que recibirían la opción de aceptar el precio de referencia;”⁶⁴.

Entonces, si para las empresas con mayor penetración en el mercado de clientes no-proceso era conveniente que la licitación se declarara desierta (para evitar que se transparentara el mercado); si las empresas ofrecieron en las primeras rondas un precio menor del que podían (incluso a pesar del atractivo de lo licitado en términos de volumen y riesgo); y si no daba lo mismo el monto ofrecido en las primeras rondas; la pregunta de rigor era cómo podía cada licitante confiar en que ninguno de los otros iba a ofrecer menores precios, ni aceptar el precio de referencia en las primeras rondas del proceso de licitación. Para el TDLC, los múltiples indicios aportados unidos al razonamiento lógico propio de la sana crítica permiten concluir que la respuesta natural y obvia es la colusión entre los oferentes para hacer fracasar la licitación:

“Que ha quedado así establecido que, para los oferentes con mayor penetración en el mercado de clientes “no proceso”, era conveniente que la licitación se declarara desierta. Asimismo, se ha demostrado que tales empresas no ofrecieron en la licitación precios ni siquiera comparables con los que cobraban antes de la misma (descontando los costos de los estanques y otros relacionados). En estas circunstancias, *cabe preguntarse cómo podía cada licitante confiar en que ninguno de los otros iba a ofrecer menores precios, ni aceptar el precio de referencia*, precio este último que era predecible que fuera sustancialmente menor al promedio vigente y cercano al más bajo que pagaba un hospital público (en este caso, \$ 329/m³ que se cobraba al Hospital de Talca, según consta en el documento aportado por Cenabast a fojas 623). *Esta pregunta resulta particularmente importante si se tiene en cuenta que competía en la licitación Praxair, ya que a esta empresa no le afectaba mayormente que se transparentara el mercado, pues esta compañía cubría un porcentaje mínimo del mercado de clientes no proceso (entre 2% y 3%). La respuesta natural y obvia para esta pregunta es la colusión entre los oferentes con el objeto de hacer fracasar*

⁶⁴ Considerando 93, p. 192.

la licitación. De hecho, en el informe económico acompañado por Indura a fojas 694, se admite explícitamente que los hechos pueden explicarse por la colusión (página 70). Sin embargo, todas las requeridas presentaron teorías alternativas para intentar explicar la dinámica de esta licitación; explicaciones que, a juicio de estos sentenciadores, no han sido justificadas con evidencia ni indicios suficientes para desvirtuar la presencia de colusión;”⁶⁵ (énfasis agregado).

Junto a los indicios mencionados precedentemente, el TDLC destaca la supuesta inconsistencia lógica de algunas hipótesis alternativas, lo que le permitía, eventualmente, mantener incólume la razonabilidad y mayor probabilidad de sus tesis frente a otras alternativas⁶⁶.

Entre las argumentaciones de las empresas de oxígeno dirigidas a debilitar la tesis de la colusión en la licitación (propugnada por la FNE y que reelaborara con mayor profundidad en la sentencia el TDLC), se destacó aquella que sostenía el poco incentivo en términos de costo-beneficio que habría en coludirse por un mercado tan pequeño dentro de su cartera de clientes. Junto con exponer tal argumentación, el TDLC retruca sosteniendo la importancia de lo que estaba en juego:

“[L]as requeridas han argumentado en su favor que la tesis de colusión para el mercado del oxígeno medicinal para los hospitales públicos es débil, puesto que representa solo un 9% del mercado total del oxígeno, medido en términos de ventas (estimado a partir de la información del informe de Cenabast acompañado a fojas 556). Por tanto, y siempre según las requeridas, nadie estaría dispuesto a asumir los costos de coordinación necesarios para cartelizar un segmento tan despreciable del mercado. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, dado que la opacidad beneficiaba las negociaciones de las empresas requeridas tanto en el mercado medicinal público, como en el medicinal privado, y en el mercado industrial no proceso, el

⁶⁵ Considerando 88, p. 120.

⁶⁶ Se transcribe, a continuación, el examen de uno de los planteamiento de Praxair y la reorientación del mismo para los propios propósitos argumentativos del TDLC: “Sin embargo, el argumento contenido en el informe [de Praxair] antes citado debe completarse en el sentido que, para cada empresa, era tan inconveniente que el proceso de sinceramiento de los costos se diera por una oferta propia como que se produjera por una oferta de un competidor. Es por ello que no es verosímil la explicación contenida en el informe económico acompañado por Praxair a fojas 753, en cuanto a que *dentro de los costos considerados por cada empresa para formular su oferta en la licitación se debió incluir la rebaja de precios que se verían forzados a otorgar al resto de sus clientes y que, por eso, no pujaron más hacia la baja*; y no parece verosímil por cuanto para cada empresa era igualmente perjudicial que la transparencia en el mercado se diera por su propia oferta en la licitación que por oferta de sus competidores” (Considerando 85, pp. 118-119).

porcentaje de ventas afectado por la mayor transparencia de una licitación exitosa era muy superior, llegando a ser siete veces la que estaba en juego en la licitación, como se desprende de los documentos reservados acompañados por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 717 y que están contenidos en los cuadernos formados según solicitó dicha Fiscalía a fojas 943 y según dispuso este Tribunal a fojas 944. En consecuencia, si bien es cierto que la licitación abarcaba un pequeño porcentaje del mercado, una licitación exitosa amenazaba la política de precios para una parte importante del mercado del oxígeno, lo que constituye otro indicio apto para establecer la existencia de una práctica concertada entre las requeridas;⁶⁷ (énfasis agregado).

Para empezar a finalizar este acápite, se transcribe la propia síntesis de la tesis levantada por el TDLC y que le permitiría avalar su convicción de que hubo una práctica concertada de las empresas de oxígeno dirigida a hacer fracasar la licitación:

“Que, en síntesis, dado lo expuesto y habiéndose acreditado que el éxito de la licitación de Cenabast implicaba transparentar un mercado sumamente opaco, como en definitiva ocurrió, los incentivos reales de Indura, y también los de AGA y Air Liquide, eran que la licitación fallara. Para que fallara, era necesario que nadie aceptara el precio de referencia y, para lograr esto, se requería a su vez de algún tipo y grado de coordinación”⁶⁸.

La argumentación del TDLC, en nuestra opinión, refleja un completo e inteligente esfuerzo por hilar diferentes indicios de modo que, apreciados en su conjunto, permitan sostener una tesis plausible de colusión. Pero ¿es dicha plausibilidad suficiente para tenerse por probada la infracción y, en definitiva, sancionar? En el siguiente capítulo se abordará el tema con mayor profundidad. Basta, por ahora, adelantar nuestra respuesta negativa a la interrogante planteada.

Hay que consignar que así como existían indicios a favor de la tesis de colusión, también los había en el sentido contrario, los cuales aunque no fueran suficientes para hacer predominar (en términos de probabilidades) explicaciones alternativas, constituyan elementos debilitadores de la fortaleza del planteamiento a favor de la colusión. El voto de minoría los detalla con bastante claridad⁶⁹. Solo a modo de síntesis, se pueden mencionar los siguientes: (i) el presumible conocimiento de que la licitación había sido diseñada con el objeto de romper cualquier acuerdo oligopólico que pudiera existir

⁶⁷ Considerando 87, p. 119.

⁶⁸ Considerando 86, p. 119 .

⁶⁹ Ver al respecto el considerando 9 del voto de minoría de la sentencia del TDLC.

entre las requeridas; (ii) el hecho de que, en definitiva, los resultados de la licitación no fueran consecuencia del acuerdo; y (iii) los dos testimonios y un documento que dan cuenta que a lo menos Praxair y AGA contrataron profesionales expertos para planificar una estrategia que les permitiera ganar la licitación, además de la constancia de las reuniones pertinentes celebradas para el efecto.

De hecho, y en línea con aquellos indicios debilitadores de la plausible tesis de colusión desarrollada por el TDLC, merece atención el caso de Praxair. Fue dicha empresa la primera en aceptar una baja radical a los precios que se venían ofreciendo en las primeras rondas del proceso de licitación y, a su vez, aquella que tenía el mayor interés por capturar mayores cuotas de mercado de manos de las empresas con mayores participaciones de mercado. La teoría, como se ha reseñado en los primeros acápite, ha resaltado, además, lo complejo que resulta arribar a una colusión con empresas tan disímiles en su participación de mercado. En un escenario de racionalidad de los distintos actores, cuesta imaginar que las demás empresas –en el supuesto de haber habido colusión– no hubieran previsto la posibilidad de una “traición” de Praxair (beneficiosa para esta y perjudicial para los demás). Lo anterior debilita aún más la convicción pro colusión a la que pudiera llegar si se asume que las posibilidades de una retaliación suficiente y oportuna por las demás en contra de esta (propias de toda colusión que se precie de tal) no se vislumbra con claridad, menos en un proceso breve y determinante como el de la licitación. Además, debe considerarse, tal como se alude en el párrafo anterior, que dicha empresa se apoya en otros indicios que favorecen su causa, como lo constituyen ciertos testimonios y documentos que darían cuenta de su planificación estratégica para aprovechar y vencer en esta oportunidad que se le estaba abriendo. A continuación se transcribe la aludida explicación, la cual, en nuestra opinión, no resulta todo lo convincente que uno esperaría, dada la especial situación de dicha empresa:

“El único actor con casi nula participación en el mercado opaco (el de los clientes “no proceso”) era Praxair, tal como lo acreditan los documentos reservados acompañados por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 717 y que están contenidos en los cuadernos formados según solicitó dicha Fiscalía a fojas 943 y según dispuso este Tribunal a fojas 944. Por otra parte, si bien Praxair no tenía los mismos incentivos para provocar el fracaso de la licitación, dada su baja participación en el mercado, también tenía incentivos para ser parte de y apoyar el acuerdo colusivo, pues de esta forma eliminaba la competencia en la licitación, y así aumentaba la probabilidad de adjudicársela” (Considerando 86, p. 119).

En fin, la prueba circunstancial sobre la que el TDLC sustenta su pronunciamiento se basa en múltiples indicios que apreciados en su conjunto permitirían levantar en forma plausible y, eventualmente, con alguna mayor probabilidad que improbabilidad la tesis de colusión. Atentan en contra de una mayor fortaleza en la convicción alcanzada y de la probabilidad consiguiente aquellos indicios que operan en la línea opuesta y, más fundamentalmente, en nuestra opinión, la ausencia de evidencia directa o indirecta de contacto o comunicación entre las empresas de oxígeno.

IX. ¿ES EL ESTÁNDAR DE PRUEBA UTILIZADO POR EL TDLC SUFICIENTE PARA ACREDITAR UNA CONCERTACIÓN EN LA LICITACIÓN?

La insatisfacción por parte de las empresas de oxígeno, y quizás de la FNE, con las conclusiones del TDLC llevó a las mencionadas a entablar un recurso de reclamación de la sentencia ante la Corte Suprema. El punto neurálgico de la discusión consistió en si existió o no evidencia suficiente para acreditar la existencia de la infracción de concertación en el proceso de licitación, la cual dio lugar a severas multas para las empresas.

Esta parte se desarrollará de la siguiente manera. En primer lugar, se analizará la discusión suscitada respecto de la carga o peso de la prueba. En segundo lugar, desarrollaremos el importante tópico relativo a cuál es el estándar de prueba exigible para casos de colusión, lo cual nos permitirá entender las razones teóricas detrás de la respuesta a la pregunta que intitula este trabajo. En tercer y último lugar, examinaremos lo que nos dice en materia de prueba la sentencia de la CS.

La Corte Suprema, luego de resumir la argumentación de las empresas de oxígeno, hace lo mismo con la FNE, a continuación de lo cual rebate la idoneidad probatoria de los antecedentes aportados por esta. En la parte final hace lo mismo con la argumentación del TDLC.

En síntesis, las principales argumentaciones de las empresas son las siguientes: (A) se habría alterado el peso de la prueba; (B) se habría infringido el estándar mínimo de apreciación de la prueba; y (C) no habría existido lesión alguna a la libre competencia⁷⁰. A continuación se desarrollarán los dos primeros puntos (A y B):

⁷⁰ Este último aspecto se tratará más adelante en el capítulo XII.

(A) Se habría alterado el peso de la prueba

En nuestra opinión, el alegato de que se habría modificado la carga de la prueba deriva, en parte, de la postura sobre el tema de la FNE (y en menor medida del TDLC) y también, posiblemente, de una equivocada concepción del estándar de prueba exigido, es decir, del grado de convicción aceptable.

Tal como consta en la sentencia de la CS, la FNE plantea que una vez presentado un importante cúmulo de antecedentes e indicios demost- rativos de un comportamiento concertado, “era a estas [las empresas] a quienes les correspondía probar los diversos factores que entregarían una explicación diversa de aquella a la que conduce la lógica y las máximas de la experiencia”⁷¹. Más adelante refuerza nuevamente lo mismo al manifestar que “aunque el fallo [del TDLC] sostuvo que las requeridas no probaron las circunstancias o motivaciones de su conducta, de todas formas las absolvio, pese a que era a ellas a quienes correspondía probar tales circunstancias”⁷².

Según las empresas⁷³, el TDLC también habría alterado el *onus probandi* al señalar en su sentencia que “[s]in embargo, todas las requeridas presentaron teorías alternativas para intentar explicar la dinámica de esta licitación; explicaciones que, a juicio de estos sentenciadores, no han sido justificadas con evidencia ni indicios suficientes para desvirtuar la presencia de colusión;”⁷⁴

La CS no entró en mayores disquisiciones sobre el tema de la carga de la prueba, sin perjuicio de lo cual en uno de los pasajes de la sentencia recordó que “correspondía a quien formuló tal imputación, la Fiscalía Nacional Económica, probar la existencia de tal infracción, lo que no ocurrió”⁷⁵.

¿Son erradas las apreciaciones vertidas por la FNE y el TDLC?

Mientras la CS hace referencia a lo que siempre se ha entendido como la carga legal de la prueba (*legal burden* o *burden of persuasion*)

⁷¹ Considerando 7, p. 14.

⁷² Considerando 7, p. 15.

⁷³ Ver, por ejemplo, el argumento relatado por el considerando 4 de la sentencia de la Corte Suprema. Hay que consignar, también, que el voto de minoría de la sentencia del TDLC (ver considerando 6) hace bastante énfasis en lo que, en su opinión, constituiría una alteración en el *onus probandi*.

⁷⁴ Considerando 88, p. 120.

⁷⁵ Considerando 12, p. 20.

sion), consistente en la obligación de la FNE, como parte demandante o requirente del proceso contencioso en comento, de ser ella quien tenga que probar la infracción de los demandados o imputados hasta satisfacer el estándar de evidencia requerido para formarse una convicción, la FNE está refiriéndose a lo que en el mundo anglosajón se conoce como *evidentiary burden* o *burden of leading evidence*. Esto último se caracteriza porque la obligación probatoria cambia a la otra parte –en este caso los demandados– una vez que la evidencia proporcionada por el demandante es considerada por el tribunal o por la ley *prima facie* prueba de algún punto controvertido. En tal caso, se dice que la carga de refutar la presunción recae en la otra parte.

Un comentado ejemplo de algo similar a lo que se ha descrito en el segundo caso (*evidentiary burden*), lo constituye la nueva ley de la libre competencia de Turquía, con la cual se adoptó la figura de la presunción de práctica concertada una vez que se haya probado un paralelismo consciente en el comportamiento de los imputados, los cuales una vez comprobado lo anterior, tienen el peso de demostrar su inocencia⁷⁶. Desde luego, en Chile no existe ningún tipo de presunción legal sobre el particular. En nuestra opinión, los comentarios citados de la FNE van más allá de lo admitido en nuestra legislación y, como se explicará, constituyen una aproximación distinta a la que ha tenido el TDLC según el párrafo citado (la similitud es solo aparente).

Lo que ha hecho el TDLC no es cambiar la carga de la prueba, sino solo analizar y evaluar las hipótesis o tesis alternativas presentadas por las partes. Cuando el TDLC plantea que las explicaciones alternativas “no han sido justificadas con evidencia ni indicios suficientes para desvirtuar la presencia de colusión”, lo que está haciendo es testear –o someter a verificación– la tesis argumental desarrollada por el mismo tribunal y, en definitiva, validarla lógica y razonablemente. De hecho, habría constituido una debilidad argumental de la sentencia si no se hubiese hecho. Incluso más, ante un escenario en que la prueba no es directa, sino conjetal –vía indicios–, sería del todo razonable que el TDLC igual hubiera explicitado un razonamiento que ensayara explicaciones alternativas razonables como forma de verificar la fortaleza de las inferencias y razonamientos lógicos. Obviamente, no basta con sostener que las hipótesis de las

⁷⁶ Ver ATIYAS y GÜRKAINAK (2006).

empresas demandadas carecen de justificación para entender que se ha probado la existencia de la infracción. Pero este no es el caso. Se trata de un fallo de 130 páginas en el que el TDLC ha ocupado muchísimos considerandos en explicar paso a paso el encadenamiento lógico de la evidencia indiciaria que lo ha llevado a levantar una tesis constitutiva de la convicción que esta tiene de la existencia de una acción concertada de las empresas de oxígeno en el proceso de licitación.

(B) Se habría infringido el estándar mínimo de apreciación de la prueba

En la discusión de la primera parte respecto de qué debiera entenderse por práctica concertada y en la más reciente sobre la evidencia desplegada por las partes para acreditar la existencia o inexistencia de la misma, se está haciendo referencia a lo que podría denominarse el estándar sustantivo de prueba. El tema que se abordará a continuación dice relación, en cambio, con el estándar “formal” de prueba, esto es, con el grado de convicción necesario para arribar a la conclusión de que ha habido una infracción a la libre competencia en razón de haberse incurrido en una práctica concertada. Sobre el particular es posible distinguir, para estos efectos, tres tipos de estándares, los cuales más allá de sus denominaciones anglófonas –y no por ello despreciables para nuestro mundo jurídico⁷⁷ constituyen criterios utilizados en materias de libre competencia tanto en Estados Unidos –y demás países de raíz anglosajona– como en Europa. Nos estamos refiriendo al criterio típicamente civil fundado en el balance de probabilidades (*balance of probabilities*), al criterio penal que hace alusión a una convicción que vaya más allá de una duda razonable (*beyond reasonable doubt*); y, por último, a un criterio intermedio caracterizado por la existencia de una evidencia clara y convincente (*clear and convincing evidence*).

The balance of probabilities: este estándar conocido como *preponderance of the evidence* en EE.UU. es el estándar usualmente exigido en material civil y significaría, si se aplicara para este caso en

⁷⁷ Lo relevante, más allá del nombre que pueda proporcionarse para los distintos criterios, radica en que aluden a parámetros (mentales) presentes al apreciar la prueba que no pueden soslayarse en nuestro ordenamiento jurídico, ni menos cuando debe decidirse un caso de libre competencia.

concreto, que la colusión estaría acreditada si la evidencia desplegada indica que es más probable que aquello haya sucedido a que no haya ocurrido. En otras palabras, el estándar se entiende satisfecho si hay una probabilidad de más de un 50% de que la afirmación sea verdadera. A estas alturas lo que se está diciendo podría parecer descabellado si nos colocáramos en un escenario “blanco o negro” en donde solo son aceptables dos tipos de posiciones: o está probado o no está probado. Pero hay que tener presente que lo anterior no implica que el tribunal no haya llegado a una convicción. Lo que quiere decirse es que el grado de convicción admite variaciones⁷⁸.

Beyond a reasonable doubt: este parámetro es el requerido en material penal y, como sería razonable esperar, contiene una exigencia mayor en el grado de convicción (y apreciación de la prueba) que la que opera en materia civil. En materia criminal, el derecho se expresa en su forma más violenta (piénsese en una pena privativa de libertad) y, por ello, el grado de seguridad en sus convicciones que deben tener los sentenciadores para declarar culpable a un individuo debe ser altísima. En términos de probabilidades, algunos hablan de 99% y otros de 90%⁷⁹.

Clear and convincing evidence: este criterio representa un término medio de los dos anteriores. Para satisfacerlo no basta que haya más probabilidades de que exista colusión a que no, de acuerdo a la evidencia desplegada y a la apreciación de la misma. Lo exigido no es que haya una mayor probabilidad, sino que esta sea bastante clara, mucho más alta.

⁷⁸ Permítasenos, a modo ilustrativo, rescatar la construcción lógica que se desprende de parte del lenguaje utilizado en una oración del voto de minoría: “Que, si bien ninguno de los antecedentes antes reseñados prueba que no haya existido colusión, hecho negativo que no puede probarse ni corresponde a las requeridas hacerlo, estos *fortalecen la convicción a que este sentenciador ha llegado*” (Voto de minoría, Considerando 13, p. 129). Independiente de que nuestra apreciación pueda ser un poco más benigna respecto de la plausibilidad y probabilidad de la tesis de colusión a la que ha llegado el TDLC, cuando el ministro en dicho voto disidente habla fortalecer su convicción, esto no indica que sin estos antecedentes él no pueda arribar a una convicción probatoria. Lo que se puede sugerir es que su convicción puede ser aún mayor, es decir, con una aún mayor seguridad o una aún mayor probabilidad de certidumbre.

⁷⁹ Como puede intuirse, hablar de probabilidades puede resultar un poco jabonoso. Aquello no puede negarse, pero no parece insensato, y al final de utilidad, realizar este tipo de ejercicio.

¿Cuál debiera ser el estándar de prueba exigible para casos de prácticas concertadas entre competidores?

Para comenzar a contestar esta interrogante queremos dejar claro que, en nuestra opinión, debe existir un estándar mayor que para casos puramente civiles en donde, por ejemplo, el tipo de sanción que pudiera estar involucrada es una de carácter básicamente compensatoria. Es decir, no bastaría, desde luego, con argüir que la tesis del TDLC es simplemente plausible (possible, pero no probable), plausibilidad reconocida por una de las empresas. Pero tampoco sería suficiente admitir que la tesis avalada por el TDLC es más probable que improbable de acuerdo a un balance de probabilidades (*balance of probabilities*).

No debiera perderse de vista que lo que está en juego aquí es la imposición de una sanción reflejo de la acción punitiva del Estado. Ciertamente la infracción imputada no es aún una de carácter penal, como en otras jurisdicciones, lo que implicaría un estándar de prueba altísimo (*beyond reasonable doubt*)⁸⁰. Sin embargo, y dada la naturaleza administrativa –y por ende, punitiva– de la sanción, la apreciación de la prueba no debiera ser inferior al tercero de los estándares mencionados, esto es, que exista una evidencia clara y convincente (*clear and convincing evidence*).

Ilustrativo del exigente estándar requerido en este tipo de infracciones nos lo recuerda Graeme SAMUEL, *chairman* de la AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION (ACCC), quien afirma que “debido a la naturaleza de la pena bajo la *Trade Practices Act* la ACCC debe probar estos asuntos bajo un estándar que es superior que la usual carga civil del ‘balance de probabilidades’ (...). La ACCC debe probar su caso bajo un estándar *cuasi-criminal*, donde la existencia de los hechos materiales debe ser probada ‘claramente’, ‘inequívocamente’, ‘estrictamente’ o ‘con certidumbre’ (...). Cuando sanciones criminales son introducidas, y es necesario probar el asunto ‘más allá de una duda razonable’, los obstáculos probatorios serán incluso mayores”⁸¹.

⁸⁰ No es algo que se discuta en Estados Unidos que el estándar de prueba para los casos de carteles (colusiones) sea aquel propio de casos criminales. Hay que recordar que en dicho país, a diferencia del nuestro, la infracción está tipificada como delito.

⁸¹ SAMUEL (2005) p. 14.

En nuestra opinión, y aún reconociendo la dificultad que existe en apreciar la prueba de un caso de varios centenares de páginas de acuerdo, principalmente, a lo relatado en la sentencia del TDLC, creemos que no se alcanzó el estándar de prueba suficiente. En otras palabras, pensamos que se ha acreditado de sobra la plausibilidad de la hipótesis de colusión de las empresas en el proceso de licitación. También se puede considerar (gracias a un inteligente y trabajado proceso lógico de inferencias de los indicios acreditados) que la explicación de colusión, bajo nuestra visión, es más probable que improbable (y, por ende, que es más probable que las explicaciones alternativas levantadas por las empresas)⁸². No obstante, consideramos que la evidencia (y el grado de convicción derivado) no alcanza aquel estándar en virtud del cual la probabilidad es sumamente clara y alta.

Creemos que la razón fundamental de lo anterior radica en la ausencia de evidencia de algún tipo de contacto o intercambio de información entre las empresas de oxígeno. La evidencia circunstancial resulta importantísima y en este artículo –a diferencia de lo que podría eventualmente sugerir la sentencia de la CS, dependiendo de cómo se interprete– hemos intentado destacarlo. Pero no puede soslayarse que el uso de la evidencia circunstancial puede ser problemática. Como se ha reconocido en un reciente documento de la OECD: “tal evidencia [la circunstancial], especialmente la evidencia económica, puede ser ambigua. Esta debe ser correctamente interpretada por los investigadores, las agencias de competencia y los tribunales. Importantemente, la evidencia circunstancial puede ser, y a menudo lo es, usada junto a evidencia directa”⁸³. Para algunos, “la evidencia circunstancial puede ser el humo, pero se necesita más”⁸⁴. Como lo plantea SAMUEL, lo común es que no haya un acuerdo expreso, en cuyo caso la ACCC debe descansar en una mezcla de evidencia directa y circunstancial o inferencial para probar la contravención⁸⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que hay básicamente dos tipos generales de evidencia circunstancial: la evidencia

⁸² Recordemos, nuevamente, que la comparación respecto del grado de plausibilidad o probabilidad entre tesis alternativas no es esencial. La tesis de colusión en sí misma (aún sin explicitación de explicaciones alternativas) debe reunir el grado de convicción o probabilidad suficiente.

⁸³ OECD (2006) p. 9.

⁸⁴ ZUMBO, citado por SAMUEL (2005) p. 15.

⁸⁵ SAMUEL (2005) p. 15.

económica ya aludida y la evidencia de comunicación entre los operadores del cartel, como podría ser aquella que se refiere a evidencia de conversaciones telefónicas o reuniones⁸⁶. Como lo reconoce el documento aludido de la OECD: “casi todos los casos de [evidencia] circunstancial descritos por las delegaciones incluyeron evidencia de comunicación”⁸⁷. En el caso que hemos comentado, la evidencia circunstancial presentada por la FNE y en el cual se ha basado –con refinaciones adicionales– el TDLC es de carácter económica más que –utilizando la categorización aludida– “de comunicación”. Como ya lo planteáramos, es precisamente la ausencia de evidencia de contacto o comunicación el “talón de Aquiles” de una muy lógica argumentación por parte del TDLC.

Despenalización y estándar de prueba

Ya se ha afirmado precedentemente –aludiendo a las palabras de SAMUEL– que cuando sanciones criminales o penales son introducidas –entendiendo por tales aquellas que derivan del establecimiento de delitos –no ya de infracciones administrativas⁸⁸, los obstáculos probatorios son mayores⁸⁹. Es por ello que se suele distinguir entre estándares criminales y *cuasi-criminales*. Igualmente importante, en todo caso, es destacar que la exigencia probatoria para aquellos casos en que se imponen sanciones penales o administrativas es mayor que cuando lo que se decide es un asunto civil, estos últimos los cuales –como ya se manifestara– son resueltos bajo el estándar del balance de probabilidades.

Además, vale la pena estar consciente que esta mayor exigencia en términos probatorios –en la apreciación de la prueba– hace que resulte más difícil –no imposible–, en la práctica, la admisión de la prueba circunstancial. Tal como lo sintetiza la OECD, el carácter administrativo o penal de la infracción puede afectar el estándar de

⁸⁶ Hablamos de evidencia circunstancial (y no directa) en aquellos casos en que no se sabe la sustancia de la conversación.

⁸⁷ OECD (2006) p. 10.

⁸⁸ Que las sanciones penales y las sanciones administrativas deriven, ambas, del *ius puniendi* del Estado no significa que sean iguales. Del mismo modo, no es lo mismo que se establezca una infracción administrativa a que lo que se consagre sea un delito propiamente tal. Se plantea lo anterior aun admitiendo que estas disquisiciones son objeto de amplios análisis por parte de la literatura especializada y, en el último tiempo, por parte de la jurisdicción constitucional.

⁸⁹ Los documentos emitidos por la USDOJ o sus directivos dan cuenta de la misma línea de pensamiento.

prueba en el tratamiento de los carteles a nivel nacional y, por ende, el uso de evidencia circunstancial. Lo anterior es ilustrado, entre otros, con lo ocurrido en Estados Unidos, donde la persecución criminal de los carteles ha implicado que “virtualmente todos sus casos están construidos sobre evidencia directa”, de lo que no se deriva, en cualquier caso, que la evidencia circunstancial no sea admisible y útil en dicho país como en cualquier otra parte⁹⁰.

El fallo de la Corte Suprema

En la sentencia de la CS recaída en los recursos de reclamación interpuestos esta manifiesta que ni la colusión para repartirse el mercado ni la concertación para hacer fracasar el proceso de licitación se acreditó debidamente. Solo para ilustrar el estilo de las opiniones que el fallo vierte sobre la evidencia desplegada se señalan, a continuación, algunas de las expresiones usadas: “(...) no es concluyente para este fin”, “(...) en ningún caso es posible colegir de ella el acuerdo (...)”, “(...) el informe (...) formula solo una conjeta”, “(...) el informante no tiene certeza de la existencia de un acuerdo”, “(...) documentación (...) carente de todo valor probatorio (...)”, “(...) en ningún caso se refiere a una situación que en forma inequívoca pudiese llegar al establecimiento de la concertación (...)”, etc.⁹¹. Está claro que para la CS el estándar para apreciar la prueba es más alto que el utilizado por el TDLC –y por el de la FNE–, pero a lo largo de la sentencia no explica muy claramente –al menos en opinión del suscrito– en qué consiste o por qué.

Aun reconociendo la complejidad de estos casos –y más aún en un expediente de más de dos mil fojas–, no es fácil deducir de lo manifestado por la CS una doctrina clara y asertiva sobre la materia. Su fallo podría dar lugar a diferentes interpretaciones en lo que se refiere al estándar de prueba exigido. Es cierto que en el resultado final lo manifestado en este artículo concuerda con el pronuncia-

⁹⁰ OECD (2006) p. 10. Quizás en consideración a lo anterior es que puede también entenderse lo manifestado por el Ejecutivo en el Proyecto de Ley en donde se expresa que “la supresión del carácter penal de las sanciones para quienes atentan contra la libre competencia, ha provocado que los agentes económicos, en tanto sujetos racionales, asuman un riesgo real de ser sancionados”.

⁹¹ Las expresiones que se citan nos permiten, de acuerdo a nuestra percepción, ilustrar el desacuerdo de la CS con la evidencia con que se intenta probar la colusión. Son expresiones de rechazo. Se nos está diciendo, enfáticamente, que no se ha alcanzado el estándar de prueba necesario. Pero de la lectura completa del fallo, pensamos que no podría decirse que se está en presencia de un fallo cuya doctrina nos servirá de clara guía para el futuro.

miento definitivo de la CS, pero la ausencia de un pensamiento elaborado o de una doctrina positiva para llegar a tal conclusión nos deja un poco en la penumbra.

Lo que sería negativo, en nuestra opinión, es que terminara imponiéndose una interpretación de los pronunciamientos de la CS que fueran por un camino en que predominara una lógica blanco o negro desestimando el matiz explicado, respecto de los grados de convicción y las probabilidades involucradas, así como la lógica detrás de la prueba indicaria. No puede olvidarse que una de las bondades de este nuevo TDLC –y su integración mixta de economistas y abogados– radica en los nuevos aires respecto de la apreciación de la prueba y la importancia de la prueba circunstancial o por indicios.

A modo de ejemplo, se hará un comentario breve a la opinión de la CS sobre la evidencia probatoria desplegada por el TDLC, la cual se contiene básicamente en los considerandos 13 y 14. Comienza el análisis expresando su intención de referirse a los indicios probatorios desplegados:

“Que cabe analizar a continuación, si los antecedentes que el tribunal de defensa de la libre competencia denomina ‘indicios relevantes’, para establecer si en la licitación de autos concurrieron o no los incentivos que, según la requirente, habrían llevado a las participantes a coordinar su comportamiento, realmente tienen ese carácter. En efecto, los indicios o presunciones requieren de la existencia cierta de hechos en base a los cuales es posible deducir otros”⁹².

Hecha, sin embargo, la introducción, aparece una evaluación de la misma por parte de la CS, la cual, luego de la cita, se intentará demostrar por qué puede causar cierta perplejidad:

“En este caso no existen hechos probados que sirvan de indicios suficientes para acreditar que las requeridas actuaron concertadamente. *La sentencia lo concluye del único hecho acreditado*, cual es, que en las primeras etapas de la licitación las empresas de autos ofrecieron precios muy superiores al precio que cobraban a los hospitales antes de dicho proceso, y por cierto mayor que el precio de referencia, que fue por el que finalmente se adjudicaron los contratos, agregando que, a juicio de los sentenciadores, no existe justificación económica para la falta de competencia en dicha etapa”⁹³ (énfasis agregado).

⁹² Considerando 13, pp. 22-23.

⁹³ Considerando 13, p. 23.

Se ha adelantado que dicho párrafo puede causar perplejidad. Creamos que esto puede ser así, en razón de que, a diferencia de lo que se plantea por la CS, hubo muchos hechos o circunstancias probadas o acreditadas –y no solo uno– que sirvieron de fundamento para la tesis del TDLC⁹⁴. En efecto, el fallo de la CS parece haber olvidado no solo que hubo un cúmulo de indicios estructurales –de la industria– que sirvió a los propósitos del TDLC –antecedentes que no pueden ser descartados de su calidad de indicios–, sino, también, que hubo a lo menos cinco antecedentes o indicios conductuales –de cuya existencia no se discute–, que mirados en su conjunto –todos ellos– permiten construir el escenario o panorama global en base al cual se realizaron las deducciones pertinentes. Tal apreciación de la CS pueden dejar la duda de qué tanto entendimiento existe respecto de la naturaleza de la prueba indiciaria y del tipo de razonamiento lógico utilizado en la argumentación de casos de libre competencia⁹⁵.

Ahora bien, distinta es la discusión de si la prueba circunstancial aportada es suficiente o no para probar la colusión, aspecto sobre el cual ya nos hemos referido y que nos ha permitido llegar a una conclusión negativa. Habría resultado interesante, sobre el particular, una profundización por parte de la CS a partir de lo que siguió manifestando en su fallo:

"Comienza entonces un análisis de las distintas hipótesis posibles, y concluye que la más plausible es la teoría de la colusión, *lo que por cierto es del todo insuficiente para poder determinar fehacientemente su existencia*, máxime, si como se reconoce en el fallo, el proceso de licitación resultó un éxito.

[A]un cuando se estimara que efectivamente a todas las empresas les convenía que el proceso de licitación fracasara, ello por sí solo, desde luego no comprueba que existió, entonces, una colusión de estas para lograrlo. Tampoco es posible desprenderlo de las conductas desplegadas por las empresas, desde que es perfectamente posible, como lo señalaron al formular sus descargos, que ello obedeciera a una estrategia (...)"⁹⁶ (énfasis agregado).

⁹⁴ Sobre lo anterior se ha hecho referencia en este trabajo en el acápite VIII. B.

⁹⁵ Ciento es que pueden existir indicios más directo e indirectos o inmediatos y mediatos, pero el planteamiento de que la sentencia del TDLC se funda tan solo en un único indicio resulta bastante equívoca.

⁹⁶ Considerando 13 y 14, p. 23.

La cita recién transcrita nos permite sugerir dos reflexiones sueltas. En primer lugar, plantear que evidentemente no podría bastar con sostener que “a todas las empresas les convenía que el proceso de licitación fracasara” para desprender de ello la existencia de una colusión. El punto es que el razonamiento del TDLC fue bastante más profundo que eso. Y, en segundo lugar, manifestar que cuando la CS sostiene que “[la teoría de la colusión] es del todo insuficiente para poder determinar fehacientemente su existencia” habría sido interesante una profundización de la misma acerca de por qué no es suficiente. ¿Es insuficiente, acaso, por la metodología de razonamiento desplegada, o lo es, por ejemplo, porque el grado de plausibilidad o probabilidad no es suficiente? En fin, deberemos esperar nuevos pronunciamientos de la CS para advertir con mayor claridad el valor de los precedentes que debieran servirnos de guía, sin evitar manifestar, por último, que dejamos abierto un tema distinto e importante que amerita en el futuro un examen: ¿cuál debiera ser el rol de la CS en la resolución de recursos de reclamación y cuál debiera ser el estándar de revisión pertinente?

X. LA EFICIENCIA DE LOS HOSPITALES PÚBLICOS, LAS LICITACIONES DEL SECTOR PÚBLICO Y LA COMPETENCIA

En la primera parte de este trabajo se señalaron algunos elementos que aumentaban la probabilidad de que en un mercado existieran comportamientos concertados. Dentro de estos, se mencionó la incidencia de la parte correspondiente a los “compradores”. Textualmente se dijo que “[u]n cartel es más probable de ser encontrado donde: (a) hay muchos compradores; (b) los compradores pueden ser fácilmente monitoreados; y (c) los compradores carecen de *expertise*”. Salvo lo indicado en la letra (b), en el caso en estudio, donde los compradores eran los hospitales públicos, se habría dado de manera bastante clara lo expuesto en las letras (a) y (c)⁹⁷.

Lo que nos interesa destacar aquí, brevemente, es que no solamente puede hablarse de falta de *expertise* por parte de los hospitales públicos en su gestión relativa a la compra de oxígeno como insu-

⁹⁷ En aquellos casos en que los contratos entre los hospitales y los proveedores de oxígeno eran celebrados por escritura pública (como parece haber ocurrido en algunos casos), se facilita la posibilidad de monitoreo.

mo, sino que es posible hablar, derechamente, de ineficiencia, con lo cual aparecen las sombras del recurrente tema de la mala administración de los hospitales públicos en particular y de los problemáticos incentivos de las empresas de propiedad pública en general para alcanzar adecuados niveles de eficiencia. A este respecto, resulta significativo el reconocimiento explícito por el TDLC de la ineficiencia de los hospitales públicos:

“Que de los antecedentes que rolan en autos este Tribunal se ha formado la convicción de que los hospitales públicos se enfrentaban, antes del llamado a licitación de Cenabast, a un mercado opaco, con grandes asimetrías de información respecto de las alternativas y precios de oxígeno medicinal, y también respecto de los precios disponibles en el mercado del oxígeno industrial. *Esta situación se veía agravada por los procedimientos poco eficientes utilizados por los hospitales para contratar el suministro de oxígeno*”⁹⁸ (énfasis agregado).

Por un lado, podría decirse que la mala gestión de los hospitales públicos puede constituir un caldo de cultivo –unido a otros factores– para la aparición de carteles o abusos anticompetitivos en contra de los cuales se debería luchar. Y por otro, dicha ineficiencia constituye una suerte de exposición imprudente al riesgo que no permite un adecuado aprovechamiento de las posibilidades que brinda el mercado –piénsese en menores precios y mejores condiciones–⁹⁹.

El relativo éxito de la licitación de Cenabast constituyó un marcado contraste con la situación anterior a dicho proceso y permite valorar este tipo de mecanismos, en particular cuando se diseñan correctamente¹⁰⁰. En virtud de dicha licitación se buscó transparentar los términos de la contratación, eliminar las cláusulas de opción preferente, el establecimiento de contratos escriturados (por instrumento público) y con plazo fijo (5 años), propender a la seguridad en el pago y reducciones en las moras, y la eliminación de la necesidad de proveer tanques, los que serían adquiridos para cada hospital en otra licitación de Cenabast. Incluso se reconoció por una de las

⁹⁸ Considerando 56, p. 102.

⁹⁹ De hecho, varias de las empresas imputadas hicieron ver en sus defensas que dicha ineficiencia no podía imputárseles a ellos (ver, por ejemplo, Vistos 4.20, p. 32 de la Sentencia del TDLC).

¹⁰⁰ No se discute que el resultado de la licitación de Cenabast constituyó una buena noticia (en especial si se la compara con la situación anterior). Lo que sí se discute es si el resultado de este proceso pudo ser mejor, tema que va relacionado con la controversia sobre si hubo o no hubo lesión a la libre competencia derivada de la imputada colusión en dicho proceso.

empresas que las condiciones conjuntas de licitación permitía aprovechar economías de escala –envueltas en la provisión a 46 hospitales, como en el caso de la licitación para la zona central–. Se mencionó la presencia de ahorros en almacenamiento y logística, además de la menor incertidumbre involucrada, todo lo cual se habría reflejado en menores precios¹⁰¹.

Sin duda el diseño del proceso de licitación de Cenabast era el adecuado para el caso en cuestión. De hecho, fue fruto de un cuidadoso análisis por parte de profesionales contratados para el efecto, los cuales tuvieron muy presente los riesgos de colusión existentes. Es cierto que resulta difícil dar una receta general en lo concerniente al diseño de licitaciones. Es algo que debe verse caso a caso. Sin embargo, igual puede resultar útil señalar algunas recomendaciones generales dirigidas a prevenir la colusión con ocasión del diseño e implementación de una licitación¹⁰²:

Respecto de la *búsqueda de postores*, (a) incrementar el número de postores para hacerles más difícil coludirse; (b) mantener en secreto la identidad de los postores¹⁰³. En lo concerniente a la *redacción de las bases*, (c) adoptar especificaciones genéricas y permitir que productos o servicios alternativos puedan ser ofrecidos en la medida de lo posible; (d) pedir que los postores informen sobre los potenciales subcontratistas y su tarificación¹⁰⁴; (e) consolidar un número de contratos pequeños en un gran contrato¹⁰⁵; (f) recordar a los participantes acerca de la colusión y obtener una declaración de estos de que ellos no se coludirán de modo alguno en la preparación y desarrollo de la licitación. En relación a la *adjudicación de los contratos*, (g) si se reciben ofertas o posturas idénticas, tratar que la adjudicación recaiga solo en uno o declararla desierta y proceder a una nueva. Dividir contratos cuando se han recibido ofertas idénticas permite que los competidores coludirse para compartir los contratos¹⁰⁶.

¹⁰¹ Ver Vistos 2.16, p. 15, Sentencia del TDLC.

¹⁰² Sobre el particular nos basamos en el documento de la ACCC (2005).

¹⁰³ De esta manera los potenciales conspiradores tendrán más dificultades para saber a quién llamar y, además, quedan advertidos de que pueden haber empresas nuevas o que no sean “del grupo” que pueden participar en el proceso.

¹⁰⁴ Esto puede ayudar a identificar la existencia de mecanismos de asignación.

¹⁰⁵ Esto puede hacer más difícil para los proveedores acordar quién será el ganador, o puede aumentar la probabilidad de traición al interior del grupo que se haya concertado.

¹⁰⁶ Para un análisis más profundo del tema ver a KLEMPERER (2005).

Finalmente, conviene destacar aunque sea someramente, la relevancia de velar por la libre competencia en los procesos de licitación del sector público. Como ya se señaló, el diseño de los procesos resulta significativo si se quiere evitar comportamientos colusivos y propender a mejores niveles de eficiencia y eficacia. Pero sería equivocado mirar solo hacia dentro. Las compras del sector público no son inocuas para la industria; es un hecho que estas pueden tener efectos positivos o negativos para la competencia en el mercado. Por una parte, el sector público, en virtud de su demanda global en ciertos mercados, puede estar en una posición de proteger y promover la competencia, por ejemplo, manteniendo una estructura de mercado competitiva a través de la obtención deliberada de sus requerimientos de una variedad de proveedores, incentivando a los proveedores a invertir e innovar, o ayudando a las compañías a superar barreras de entrada. Sin embargo, por otra parte, el sector público también puede restringir y distorsionar la competencia, por ejemplo, adoptando prácticas que tengan el efecto de restringir la participación en licitaciones públicas y que puedan incluso discriminar en contra de particulares tipos de compañías¹⁰⁷.

XI. CHILE Y EL COMBATE CONTRA LOS CARTELES DUROS: ALGUNAS HERRAMIENTAS QUE SE ECHAN DE MENOS

En el presente trabajo se ha sugerido que la evidencia necesaria no es menor y el estándar de apreciación de la prueba no es uno bajo. De hecho, se ha estimado, en lo que se refiere a la imputación de colusión en el proceso de licitación, que la convicción del TDLC –en términos de la probabilidad de ocurrencia de la infracción– parece no ser suficiente. Por otra parte, la revocación por parte de la CS de la sentencia del TDLC –la segunda en los últimos meses sobre este tipo de casos–, constituye un indudable golpe para esta última y, de paso, para la FNE. El gran peligro que se enfrenta hoy es que el riesgo percibido de ser castigado por un tipo de comportamiento absolutamente dañino a la economía y bienestar de la sociedad sea muy bajo. Para mejorar las posibilidades de castigar efectivamente a los carteles en nuestro país resulta fundamental que la evidencia aportada sea mayor, pero para lo anterior resulta esencial,

¹⁰⁷ Ver al respecto el documento preparado para la OFT (2004 b).

a su vez, que se le brinde a la FNE mayores facultades investigativas que aquellas con las que cuenta hoy en día. De entre estas existen dos que merecen destacarse y que ya son parte desde hace varios años del arsenal de herramientas con las que cuentan muchas agencias de competencia extranjeras: (A) los programas de inmunidad y (B) las facultades (a través de Carabineros e Investigaciones) de registrar e incautar documentos e interceptar comunicaciones.

11.1 PROGRAMAS DE INMUNIDAD (*leniency programmes*)

Precisamente, debido a que los carteles son difíciles de detectar es que muchos países han adoptado lo que se ha denominado políticas de clemencia o inmunidad, las cuales constituyen un engranaje fundamental de los programas de cooperación entre la autoridad y los actores privados. La experiencia internacional indica que el incentivo a que los hombres de negocio e individuos delaten la existencia de carteles ayuda a romper el secretismo característico de dicha actividad, aumentando la efectividad en la lucha contra esta.

Cuando se habla de programas de inmunidad, lo que se quiere destacar es la concesión de algún tipo de clemencia o inmunidad para la persona que confiesa a la autoridad pertinente su involucramiento en un cartel. Es por lo anterior que también suele hablarse de “delación compensada”.

El proyecto de ley modificatorio del DL 211 en actual tramitación parlamentaria hace suya esta necesidad¹⁰⁸. En efecto, en dicho proyecto se manifiesta que “[e]l otro eje central del proyecto es fortalecer las atribuciones que debe tener la Fiscalía Nacional Económica, en tanto órgano que investiga las conductas contrarias a la libre competencia en los mercados, particularmente en lo que dice relación con aquellas herramientas para poder detectar colusiones. Efectivamente, la experiencia nacional e internacional ha demostrado que investigar y sancionar a los denominados carteles duros es complejo y con escasos resultados, principalmente por la dificultad de obtener información eficaz respecto de quiénes participaron en la gestación o actividad del mismo. Frente a ello, un mecanismo que incentiva a revelar antecedentes en otros países es la delación compensada o *leniency*”.

¹⁰⁸ Mensaje 134-354 de 5 de junio de 2006.

No es el objeto del presente artículo analizar el proyecto de ley sobre la materia. No obstante, la experiencia de Estados Unidos y de la Comunidad Europea pueden ser de utilidad respecto de cuáles son los elementos a tener en consideración respecto de un programa de inmunidad exitoso. No puede desatenderse el hecho que no en todos los países el éxito ha sido inmediato y que, en algunos, la legislación que los ha contemplado ha requerido de modificaciones al poco tiempo. Estas recomendaciones han sido resumidas en un reporte de la OECD de manera similar a como sigue:

(a) una completa inmunidad respecto a las sanciones debiera ser otorgada al primer postulante, lo cual se espera maximice el premio por cooperar; (b) solo el primer postulante debiera recibir completa inmunidad, y si el programa se extiende a nuevos postulantes, la diferencia en términos de inmunidad debe ser sustancial. Lo anterior tiene como objetivo maximizar el incentivo de ser el primero en delatar; (c) el programa debiera tener el máximo grado de transparencia y certidumbre. Quienes postulan debieran predecir apropiadamente cuál será el resultado de su postulación; (d) el programa debiera estar disponible incluso en aquellos casos en que la agencia de libre competencia ya ha iniciado la investigación. Si los miembros de un cartel están conscientes de una investigación y de la posibilidad de que uno de ellos podría beneficiarse de cierta inmunidad, es probable que la estabilidad del acuerdo sea severamente afectada; y (e) la agencia de libre competencia debiera garantizar en la máxima medida posible confidencialidad a las postulaciones y a la información resultante¹⁰⁹.

Hay que tener presente que este tipo de programas constituyen solo una parte de un engranaje mayor. En otras palabras, si no existe una amenaza creíble de que severas sanciones serán aplicadas a los participantes de un cartel, la eficacia de este tipo de programas se puede ver muy afectada¹¹⁰. Lo positivo es que un programa de inmunidad –junto a otras medidas que se reseñarán– son también capaces de afectar la posibilidad que una sanción sea aplicada al posibilitar, eventualmente, contar con mayor evidencia probatoria.

Lo interesante, en todo caso, es el creciente reconocimiento del éxito de los programas de inmunidad, los cuales se han estado implementando en cada vez más países. Ya el 2003 la OECD señalaba que “el

¹⁰⁹ OECD (2003, pp. 22-23). Resulta interesante, también, consultar el reciente documento de la INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2006), en especial, el Capítulo 2.

¹¹⁰ Es posible que el solo hecho de existir una investigación y proceso por parte de los organismos encargados de la defensa de la libre competencia tenga, por sí mismo e independiente de su suficiencia, algún efecto disuasivo.

éxito demostrable de los programas de EE.UU. y la Comunidad Europea ha propiciado la adopción por parte de varios otros países de programas de inmunidad en años recientes. Canadá publicó primero su programa en 1999 e hizo revisiones al mismo el 2000. Su programa ya ha generado algunos importantes casos. Otros países que recientemente han implementado programas de inmunidad o están en proceso de hacerlo son Australia, Brasil, la República Checa, Francia, Alemania, Irlanda, Corea, Holanda, Suecia, Suiza y el Reino Unido. De estos programas más recientes, el del Reino Unido ya parece haber tenido frutos. Se ha dicho que en el 2001 el programa generó 12 postulaciones¹¹¹. En el caso de Australia, el director de la ACCC ha manifestado más recientemente que “la política de inmunidad (*leniency policy*) probó ser una de las más efectivas armas en nuestra lucha en contra de los carteles (...) Cerca de la mitad de las investigaciones en profundidad sobre carteles son el resultado directo de gente tomando ventaja de esta política”¹¹².

11.2 facultades de registro e incautación de documentos e interceptación de comunicaciones

El proyecto de ley aludido también se hace cargo de la necesidad anotada. Tal como en él se plantea,

“[a] la figura de delación compensada que se explicó en los párrafos precedentes, el proyecto agrega como facultades de la Fiscalía la posibilidad de solicitar a Carabineros o Investigaciones para que allane, descerraje y registre recintos públicos o privados o incaute documentos y antecedentes. Además se le faculta para que los mismos órganos puedan interceptar toda clase de comunicaciones. (...) Estas atribuciones naturalmente deben ejercerse previa autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que en esta materia actuará como tribunal de garantía de los derechos de los administrados. Con estas nuevas atribuciones, más la figura de la delación compensada, se logra un buen complemento para tener un sistema eficiente en la investigación de las conductas colusivas, al nivel de las legislaciones más modernas que existen en el derecho comparado”.

Ante lo difícil que puede resultar obtener la cooperación de testigos, la obtención de evidencia documental a través de visitas sorpresas (*dawn raids*) puede resultar de crítica importancia para llevar

¹¹¹ Oecd (2003) p. 23.

¹¹² Samuel (2005) p. 6.

adelante con éxito un caso de colusión. Tal como se ha reconocido en el seno de la OMC, “[e]l método preferido para obtener tal evidencia [la documental] en virtualmente cada país es el “*dawn raid*”, o visita sorpresa a las oficinas de los sospechosos de participar en un cartel”¹¹³.

Evidentemente, debido a que se trata de un mecanismo indudablemente intrusivo, resulta del todo razonable que sea un tribunal (en este caso el TDLC) quien autorice este tipo de medidas. Lo importante, en todo caso, es que la autorización sea otorgada con un sentido de proporcionalidad en atención a la seriedad de la infracción que se sospecha se ha cometido, al riesgo de que la integridad de los documentos se encuentre comprometida y al eventual efecto disruptivo que el ejercicio de dicha medida pueda ocasionar¹¹⁴. No se trata de una facultad que pueda ser ejercida improvisadamente. Resulta fundamental que exista una cuidadosa planificación y ejecución.

Del mismo modo, parece esencial la posibilidad de interceptar comunicaciones y, por sobre todo, la de capturar correos electrónicos. Si hemos destacado anteriormente la necesidad de contar con evidencia directa o indirecta de la existencia de contacto entre los participantes de un cartel como elemento probatorio clave, no pude de menos que permitirse que la FNE tenga una mayor posibilidad de contar con tal tipo de evidencia.

XII. ¿HASTA QUÉ PUNTO LA REDACCIÓN DE LOS TIPOS INFRACCIONALES DE LA LEY CHILENA CONSTITUYE UNA LIMITACIÓN AL COMBATE CONTRA LOS CARTELES Duros?

A primera vista podría parecer que la gran amplitud del tipo infraccional genérico del inciso primero del artículo 3º del DL 211 difícilmente podría revestir un obstáculo para la persecución de los carteles¹¹⁵. Bajo tal alero –y en lo que concierne a los carteles– cualquier hecho, acto o convención ejecutada o celebrada colectivamente que tan solo entorpezca o tienda a hacerlo podría ser perseguida.

¹¹³ OMC (2003) p. 23.

¹¹⁴ Ver Oecd (2003) p. 24.

¹¹⁵ Inciso primero del Artículo 3º del DL 211: “[e]l que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”.

Para evitar la natural vaguedad de una infracción descrita de manera tan amplia, y con el fin de lograr una mejor especificación de variados comportamientos concretos considerados por la legislación y la jurisprudencia comparada, se indicaron ciertos ejemplos¹¹⁶. Es así como en la letra (a) del inciso segundo del artículo 3º se hace alusión a “[l]os acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”.

Sin embargo, esta infracción que a modo ilustrativo expresa la letra (a) y que es la que más propiamente tal describe la conducta de un cartel ha comenzado a generar problemas interpretativos. Uno de estos dice relación con la interrogante de si es necesario, más allá de acreditar el objeto anticompetitivo del acuerdo o práctica concertada, que se produzca un resultado o efecto anticompetitivo en el mercado¹¹⁷.

Quienes consideran que es indispensable la acreditación de un resultado o efecto perjudicial para el mercado se asilan en la frase final de la infracción aludida en la letra a) del inciso segundo, la cual utiliza la expresión “abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”. Esta frase, que no estaba contemplada en el proyecto original del Ejecutivo que dio lugar a la reforma del año 2003, validaría una óptica basada más en la *rule of reason* (o ponderación caso a caso de las consecuencias de la acción en el mercado) que en la sanción *per se* de los carteles (interpretación que podría haberse dado de haber permanecido inalterada la propuesta del Ejecutivo)¹¹⁸.

En virtud de lo anterior, quienes aspiran a una mayor facilidad en la persecución de los carteles, como la FNE, tienden a recalcar el carácter meramente ilustrativo del tipo señalado en la letra (a) y, en consecuencia, ampararse en la infracción genérica del inciso prime-

¹¹⁶ La ley utiliza la expresión “se considerarán, *entre otros*, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes” (énfasis agregado).

¹¹⁷ Incluso más, siguiendo la redacción del Artículo 81 del Tratado de Roma y de la jurisprudencia europea sobre el particular, podría discutirse, también, si es o no posible obviar la acreditación del *objeto* del acuerdo acreditándose solo la existencia del *efecto*.

¹¹⁸ Una explicación similar puede encontrarse en INTER AMERICAN DEVELOPMENT BANK y Oecd (2005).

ro del artículo 3º (en especial en la expresión “o que tienda a producir dichos efectos”). De hecho, si uno se fija en el Requerimiento de la FNE, es posible apreciar que se hace referencia no a la letra (a) del inciso segundo del artículo 3º, sino, simplemente, al tipo genérico del inciso primero de dicho artículo. Igualmente, el TDLC se refiere a que habría habido infracción al artículo 3º y no en forma específica a la letra (a) del inciso segundo del artículo 3º¹¹⁹. Lo anterior contrasta con lo resuelto por la CS, la cual, al acoger las reclamaciones interpuestas, lo hace señalando explícitamente que las empresas no han incurrido “en la conducta descrita en el artículo 3º letra (a) del DL 211 de 1973”¹²⁰.

Desde luego, esta discusión no es inocua. Cuando se sostiene que solo puede sancionarse si se acredita la existencia de una lesión en el mercado, se está recalando la aludida frase final de la letra (a) del inciso segundo del artículo 3º. De hecho, uno de los principales argumentos del voto de minoría de la sentencia del TDLC y de las empresas de oxígeno en los recursos de reclamación ante la CS fue que la licitación de Cenabast habría sido un completo éxito y que, por ende, no se habría producido abuso o resultado anticompetitivo alguno. En efecto, el voto de minoría de la sentencia del TDLC sostiene que:

“incluso de haber existido concertación entre las requeridas, esta, no habría producido efecto alguno contrario a la libre competencia pues, como ya se ha dicho, la licitación en definitiva tuvo absoluto éxito”¹²¹.

Pero ¿qué tanto éxito se puede atribuir a la licitación de Cenabast?¹²². La respuesta dependerá del parámetro que se tenga de comparación.

¹¹⁹ Ver considerando 96

¹²⁰ Ver considerando 15. Una de las empresas argumentó en su reclamación a la CS que “[el TDLC] legisló a través de la sentencia impugnada, creando una figura contravencional que el DL 211 no solo no contempla, sino que, excluye. Ello porque el artículo 3º del DL 211 exige no solo la existencia de un acuerdo o práctica concertada que tenga un objeto anticompetitivo, sino que además que se abuse del poder que dicho acuerdo o práctica confiere a los que se coluden. De lo anterior [se] desprende que es indispensable para estar frente a la figura del artículo 3º del DL ya citado, que se produzca una afectación de la libre competencia en la que necesariamente se traduzca el abuso del poder que mediante el acuerdo o práctica se ha adquirido. En este caso el tribunal sancionó por un hecho distinto al contemplado en la disposición ya mencionada, y que esta excluye. (...) [D]e manera que al decidir los sentenciadores como lo hicieron convirtieron este tipo de infracciones en figuras análogas a las que la doctrina denomina delitos de peligro, lo que importa infracción al principio de legalidad”. Ver Considerando 4, Sentencia CS, pp. 8-9.

¹²¹ Ver Considerando 14 voto de minoría, pp. 129-130.

¹²² Si se atiende a lo manifestado en el considerando 86 del TDLC se reconoce que en términos de transparentar el mercado la licitación tuvo éxito. Sin embargo, si se

Si se atiende a la situación pasada y a la finalidad de evitar o romper algún acuerdo colusorio la licitación puede considerarse exitosa. Si la comparación se realiza respecto del escenario ideal o, simplemente, de uno en que hayan imperado menores precios, no puede hablarse de pleno éxito, así como tampoco de un nulo efecto perjudicial.

Como aparece en evidencia, no solo existe una dispar opinión entre si hubo o no éxito, sino que, por consiguiente, también lo hay respecto de si hubo o no una lesión o efecto negativo en el mercado. Todo depende de “la vara con que se mida”. Lo que, en cualquier caso, no debiera olvidarse cuando se resalta el ya mencionado verbo “abusar” incluido en la letra (a) del inciso segundo del artículo 3º, es que el tipo genérico rector también castiga los casos en que “se tienda a producir” un efecto perjudicial, algo que el TDLC tuvo la precaución de explicitar en el considerando 97 de su sentencia¹²³.

XIII. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

El caso objeto de análisis cae en lo que en términos generales se suele denominar un acuerdo horizontal (colusivo) entre competidores, conocido también como cartel. El desarrollo jurisprudencial y doctrinario comparado ha entendido, no obstante, que incluso si las partes no han alcanzado aquella etapa donde un acuerdo propiamente denominado ha sido celebrado, si ellos, a sabiendas, sustituyen el riesgo propio de un ambiente competitivo por la cooperación entre ellos, se verificaría lo que se ha denominado una práctica concertada, concepto más amplio que el de acuerdo y que, desde la reforma del año 2003 ha sido adoptado expresamente por nuestra legislación.

revisan los considerandos 94 y 97, el voto de mayoría no parece avalar la tesis del “absoluto éxito” que el voto de minoría destaca. Lo anterior se puede apreciar, especialmente, si se atiende a lo que pudo haber sido y no fue, esto es, la oferta por precios aún menores.

¹²³ En dicho considerando se sostiene “Que este Tribunal estima, además, que la colusión de las requeridas así establecida *tendió a producir un efecto perjudicial* para la eficiencia económica en el mercado, que merece un juicio de reproche adicional, cual es el de impedir o entorpecer la posibilidad de que, producto de la licitación de Cenabast, se hubiese alcanzado un precio inferior al de referencia para la provisión de oxígeno líquido a los establecimientos hospitalarios del sistema público de salud. Lo anterior, puesto que, de haber existido competencia plena y efectiva en el proceso licitatorio en cuestión, se podría haber alcanzado una oferta menor a dicho precio de referencia en la segunda ronda, producto del remate a la baja efectuado”. Ver Considerando 97, p. 123 (énfasis agregado).

Cuando la acción concertada se da en un mercado oligopólico, en donde los participantes son pocos, como en el caso comentado, no siempre resulta fácil distinguir el comportamiento concertado o colusivo sancionado por la legislación sobre libre competencia de conductas interdependientes en donde se actúa en reacción al comportamiento de las empresas rivales. Tanto en el primero como en el segundo caso puede darse lugar a un cierto paralelismo en los comportamientos tendientes a mantener un beneficioso *status quo* –como en el caso de autos–. En términos generales y aun asumiéndose la existencia de discusión doctrinaria, la tendencia claramente mayoritaria o prevaleciente en la doctrina y jurisprudencia comparada indica que la pura existencia de un paralelismo consciente no constituye una violación a las normas sobre libre competencia, es decir, no es prueba suficiente de una acción concertada o de una colusión tácita.

No obstante, si a la presencia descrita en el trabajo de algunos de los signos de la industria y de aquellos derivados del comportamiento de sus participantes se agrega evidencia de que el comportamiento en el mercado es influenciado como resultado de contactos directos o indirectos entre las empresas, constitutivos de una cooperación práctica consciente o a sabiendas, se tendrá un muy buen caso para atacar legalmente la concertación horizontal o cartel.

Ha sido, precisamente, la ausencia de evidencia ya no de un entendimiento –lo que constituiría una evidencia directa–, sino, simplemente, de contacto –directo o indirecto– entre las empresas de oxígeno competidoras, una de las debilidades probatorias más significativas para que, en nuestra opinión, la imputaciones de colusión pudieran prosperar. Lo anterior parece particularmente cierto respecto de la imputación de colusión frente al proceso de licitación, la cual a diferencia de la otra imputación referente al reparto de mercado, mostró evidencia circunstancial o indiciaria relevante como para que se estimara plausible (e incluso más probable que improbable, mas no suficiente en términos probatorios) la existencia de una práctica concertada dirigida a hacer fracasar dicho proceso.

La parte central de este trabajo intenta explicar cuál debiera ser el estándar de prueba más allá del cual sería admisible sancionar casos como el estudiado. Para tal propósito, se distinguió según el carácter civil, administrativo y penal del caso, lo cual derivaría en la utilización de un estándar probatorio distinto según la probabilidad o fortaleza de la convicción.

Así, se ha estimado que no basta para sancionar que la tesis de colusión sea plausible o, incluso, más probable que improbable –estándar conocido como *balance of probabilities*–. Las evidencias que respaldan hipótesis alternativas a las del fallo de mayoría del TDLC, unidas a la ya señalada ausencia de evidencia directa o indirecta –por vía indiciaria o circunstancial– de contacto o comunicación no permiten, en nuestra opinión, arribar a una convicción lo suficientemente fuerte de la existencia de colusión. Somos de la opinión, al igual que como se desprende de la experiencia comparada, que el grado de convicción debiera ser mayor al típicamente civil del “balance de probabilidades”. Aun así, se puede afirmar que dado que no se está en presencia de un delito, el estándar de prueba no puede alcanzar la exigencia del estándar típicamente criminal basado en que no exista una duda razonable (*beyond reasonable doubt*). Es decir, el estándar de prueba aplicable debiera ser al menos aquel conocido en otras jurisdicciones como *clear and convincing evidence*.

Nada parecido a la lógica anterior se desprende del fallo de la CS (del cual se critica la ausencia de una doctrina positiva que sirva para iluminar estos casos y para respaldar una revocación al fallo de un tribunal especializado, algo de suyo delicado). Tampoco aparece este tipo de razonamiento en el voto de minoría ni en la posición de las empresas.

Se abordó, también, el discutido tema de la carga de la prueba, planteándose que lo que hizo el TDLC –a diferencia de la FNE– no fue cambiar dicho *onus probandi* –como se argumentó por sus detractores– sino evaluar las diferentes hipótesis y, en definitiva, someter a verificación la misma tesis desarrollada por el mismo tribunal.

Dado que en el presente trabajo se ha sugerido que la evidencia necesaria no es menor y que el estándar de apreciación de la prueba no es bajo, puede resultar inquietante que la lucha contra este tipo de comportamiento, abiertamente perjudicial para la economía y la sociedad, pueda verse severamente afectada. En este artículo, se ha planteado que Chile debiera aprovechar la bastante validada experiencia extranjera sobre el particular y modificar su legislación para proporcionar mayores herramientas para la lucha en contra de este tipo de enfermedades. Así se han destacado los programas de inmunidad (*leniency*) y las facultades de registro e incautación de documentos e intercepción de comunicaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- AREEDA, Phillip y KAPLOW, Louis (1997, 5^a ed.): *Antitrust Analysis. Problem, Text, Cases* (New York, Aspen) ATIYAS, Ízak y GÜRKAINAK, Gönenk (2006): "Presumption of Concerted Practice: a Legal an Economic Analysis", *4th Symposium on Recent Development in Competition Law, Erciyes University* (7 de Abril).
- AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION (ACCC) (2005): *Cracking cartels: Warning signs during the procurement process* (text version of presentation) (4 de julio). Disponible en línea en: <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/695035>.
- BOLETÍN Nº 4234-03 - Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo (2006): Informe recaído en el proyecto que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, referido al tribunal de defensa de la libre competencia (Diciembre).
- BOLETÍN Nº 4234-03 - Mensaje 134-354 (2006): Proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, publicado el 7 de marzo de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de ese Ministerio, de 1973, y sus modificaciones introducidas por la Ley N° 20.088 (Junio).
- GELLHORN, Ernest y KOVACIC William E. (1994, 4^a ed.): *Antitrust Law and Economics in a Nutshell* (Minnesota, West Publishing Co.).
- GOYDER, D.G. (1998, 3^a ed.): *EC Competition Law* (Oxford UK, Clarendon Press).
- GROUT, Paul A. y SONDEREGGER, Silvia (2005): *Predicting Cartels. Economic Discussion Paper*. Documento preparado para la Office of Fair Trading. OFT 773. Disponible en línea en: www.oft.gov.uk
- INTER AMERICAN DEVELOPMENT BANK y OECD (2005): *Luchando contra los carteles duros: la perspectiva chilena*. Disponible en línea en: http://www.iadb.org/europe/files/news_and_events/lacf_2005/Chile_contribution_cartels.pdf
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (2006): *Anti-cartel Enforcement Manual*. Chapter 2: "Drafting and Implementing an Effective Leniency Program". (Cartel Working Group, Subgroup 2: Enforcement Techniques).
- IVALDI, Marc; JULLIEN, Bruno; REY, Patrick; SEABRIGHT, Paul y TIROLE, Jean (2003): *The Economics of Tacit Collusion*. Interim Report for DG Competition, European Commission (IDEI, Toulouse).
- KLEMPERER, Paul (2005): *Bidding Markets*. UK Competition Commission. Disponible en línea en: <http://www.competition-commission.org.uk>
- KORAH, Valentine (1994, 5^a ed.): *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice* (London Sweet & Maxwell).
- OFFICE OF FAIR TRADING (OFT) (1999): "The Chapter I Prohibition", *The Competition Act 1998*. OFT 401 (London).
- OFFICE OF FAIR TRADING (OFT) (2004 a): "Agreements and Concerted Practices: understanding competition law". *Competition Law Guideline*. OFT 401 (London.) Disponible en línea en: www.oft.gov.uk

- OFFICE OF FAIR TRADING (OFT) (2004 b): *Assessing the impact of public sector procurement on competition*. OFT 742a (Documento preparado para la OFT por “_econ”) Disponible en línea en: www.oft.gov.uk
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) (2003): *Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges Ahead* (Competition Committee) Disponible en línea en: www.oecd.org/competition.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) (2006): *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence of Agreement*. Global Forum on Competition (Competition Committee). Disponible en línea en: <http://www.oecd.org/dataoecd/19/49/37391162.pdf>
- SAMUEL, Graeme (2005): *The ACCC approach to the detection, investigation & prosecution of cartels*. Economics Society of Australia Detection of cartels symposium. Disponible en línea en: http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=709298&no_deid=f28aff772612974642756d8c555f6ae0&fn=20050928_Economics%20Society_Cartels.pdf
- SULLIVAN, E. Thomas y HARRISON, Jeffrey L. (1994, 2^a ed.): *Understanding Antitrust and its Economic Implications* (New York Legal Text Series, Matthew Bender).
- UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE (USDOJ), ANTITRUST DIVISION: *Preventing and Detecting Bid Rigging, Price Fixing, and Market Allocation in Post – Disaster Rebuilding Projects. An Antitrust Primer for Agents and Procurement Officials*. Disponible en línea en: http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/disaster_primer.pdf
- VALDÉS, Domingo (2006): *Libre Competencia y Monopolio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- WHISH, Richard (1993, 3^o Ed.): *Competition Law* (London, Butterworths).

Biografías de los editores

ARTURO FERMANDOIS VÖHRINGER

Abogado. Licenciado en Derecho de la Universidad Católica de Chile. Recibió el Premio Monseñor Carlos Casanueva (Facultad Derecho UC) en 1985. Beca Comisión Fulbright de Chile (1993). Master en Políticas Públicas, Universidad de Harvard (1994). Profesor Adjunto de planta en la Facultad de Derecho de la 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, 2001 y en edición revisada 2006. Profesor visitante, Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, 2004-2005. Socio de Fermandois, Evans & Cía abogados. Miembro del Consejo de Expertos en Políticas Públicas de Libertad y Desarrollo, desde 2006.

JOSÉ FRANCISCO GARCÍA GARCÍA

Abogado, Licenciado en Derecho de la Universidad Católica de Chile. Master y candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de Chicago. Postítulo en Economía y Finanzas del Departamento de Economía de la Universidad de Chile & Georgetown University. En 2005, ganó la Beca British Chevening (British Council) para realizar estudios de postgrado en el Reino Unido. Es Investigador de Libertad y Desarrollo desde febrero de 2003, y actualmente es Coordinador del Programa de Justicia. Profesor del Departamento de Derecho Público de la Universidad Católica de Chile y de Teoría Constitucional en la Universidad Adolfo Ibáñez. Miembro del Comité Editorial del ALACDE *Journal of Legal Studies* (Asociación Latinoamericana y del Caribe de Análisis Económico del Derecho) y Codirector del Instituto ALACDE-FGV, con sede en la Facultad de Derecho de la Fundación Getulio Vargas (Brasil). Coeditor del libro *Justicia Civil y Comercial: Una Reforma Pendiente. Bases para el diseño de la Reforma Procesal Civil* (editado por la Universidad Católica de Chile, Libertad y Desarrollo y la Universidad Autónoma de Madrid), de diciembre 2006.

Biografías de los autores

VÍCTOR MANUEL AVILÉS HERNÁNDEZ

Abogado, Licenciado en Derecho de la Universidad de Chile. Master en Derecho Tributario Universidad de Chile (2005). Profesor asistente de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile desde 1999. Autor de numerosas publicaciones en revistas especializadas y de los libros "Orden Público Económico y Derecho Penal" (1998) y Legalidad Tributaria; Garantía Constitucional del Contribuyente (2005).

FELIPE BAHAMÓNDEZ PRIETO

Abogado, Licenciado en Derecho de la Universidad de Chile. Becario Fullbright (1992). Master en Derecho de la Universidad de Harvard (1993). Director del Magíster en Derecho de la Empresa y Profesor de Derecho Comercial de la Universidad Católica de Chile. Autor de diversas publicaciones en revistas especializadas de Derecho y autor del libro La Prelación de Créditos, Editorial Jurídica de Chile (1993).

MARCELO BRUNET BRUCE

Abogado, Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor auxiliar adjunto de la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile en las cátedras de Derecho Constitucional (carrera de Pregrado), desde 2006 y Acciones y recursos Constitucionales, desde 2004; Profesor de la Universidad Andrés Bello de las cátedras de Derecho Constitucional y Político desde 2002. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Adolfo Ibáñez desde 2007. Autor de numerosas publicaciones en revistas especializadas y del libro Manual de Derecho Político, Sociedad y Estado, Editorial A&V, Santiago, abril de 2006 Asesor Legislativo.

IGNACIO COVARRUBIAS CUEVAS

Abogado. Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Investigación Jurídica y candidato a Doctor en Derecho, Universidad de los Andes. Investigador visitante Universidad de Harvard y Universidad Santiago de Compostela. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho de la Información, Facultades de Derecho y Comunicación, Universidad de los Andes.

JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ

Abogado, Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile (Premios Tocornal, Montenegro y Rosas). Magíster en Derecho Público PUC (Premio Alejandro Silva Bascuñán y Becario CONICYT). Master en Derecho Universidad de Cambridge (Becario British Council). Master en Derecho Universidad de Harvard (Becario Fulbright y Becario Presidente de la República). Director de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Profesor del Magíster en Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

MARÍA DE LA LUZ DOMPER RODRÍGUEZ

Ingeniero comercial con mención en Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Master 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 derechos de agua, infraestructura sanitaria, concesiones viales, sector eléctrico y telecomunicaciones, 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. El año 2006 fue seleccionada por el Instituto Bruno Leoni, de Italia, para exponer en el seminario Von Misses 2006 que se realizó en Sestri Levante, Italia en octubre. Además, ha sido elegida por segundo año consecutivo una de las 100 mujeres líderes de nuestro país, por el diario *El Mercurio* y Mujeres Empresarias. Se ha desempeñado como profesora auxiliar del curso Competencia y Mercado en el Instituto de Economía de la PUC desde 1993. 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.

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

Abogado, Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Constitucional por la misma Universidad. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Chile, Universidad de Chile y Universidad de los Andes, así como en la Academia Superior de Ciencias Policiales. Secretario de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y miembro del Comité Consultivo Nacional del Centro de Estudios Constitucionales. Autor de numerosas publicaciones de

su especialidad y de los siguientes libros: El principio constitucional de igualdad ante la ley (Ed. ConoSur, 2000 y LexisNexis, 2005), La libertad de enseñanza ante el Tribunal Constitucional (Estudios de Derecho Actual de la Universidad de los Andes, 2005) La nueva justicia penal frente a la Constitución (Ed. LexisNexis, 2006) y Los derechos fundamentales en 25 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Cuadernos del Tribunal Constitucional, 2006).

GASTÓN GÓMEZ BERNALES

Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Director del Departamento de Derecho Público y Director del Magíster de Derecho Constitucional e Instituciones Públicas, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Socio del Estudio Jurídico Eluchans y Cía. Autor de diversas publicaciones y artículos en revistas académicas. Destaca su obra “Derechos Fundamentales y Recurso de Protección (Ediciones UDP), 2005.

PABLO GREIBER BETSALEL

Abogado de la Universidad de Chile, actualmente lidera el departamento de Servicios Tributarios de Ernst & Young en Chile. Ha ejercido su profesión por más de una década asesorando a grandes grupos económicos, empresas internacionales, lo mismo que a personas. Es experto en materias tributarias, en reorganizaciones societarias, en inversiones en el exterior y en tributación de empresas familiares. Profesor de Magíster en Derecho Tributario en la Universidad de Santiago, Universidad Adolfo Ibáñez y Universidad de Chile.

LUIS FELIPE OCAMPO MOSCOSO

Abogado de la Universidad Central, Magíster en Administración de Empresas-MBA de la Escuela de Negocios Universidad Adolfo Ibáñez; candidato a Magíster en Derecho Tributario de la Facultad de Derecho Universidad de Chile. Actualmente Gerente División Servicios Tributarios, Ernst & Young Chile y previo a ello, trabajó por siete años en el Servicio de Impuestos Internos en posiciones de alta responsabilidad, como por ejemplo la de Juez Tributario del Servicio de Impuestos Internos en la ciudad de Punta Arenas y Jefe de Gabinete de la Dirección de Grandes contribuyentes. Especialista en Derecho Penal y Reforma Procesal Penal. Profesor de postgrado en materias tributarias en la Universidad Adolfo Ibáñez; ha sido monitor de la Escuela de Capacitación del Servicio de Impuestos y docente en la Universidad de Magallanes en la ciudad de Punta Arenas.

TEODORO RIBERA NEUMANN

Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile y Doctor iuris utriusque por la Universidad Julius Maximilian, Würzburg, República Federal de Alemania. Rector y profesor de la Universidad Autónoma de Chile y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Miembro del comité editorial de La Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile desde 1998. Ex Diputado de la República por dos períodos y ex Vicepresidente de la Cámara de Diputados. Autor de numerosas publicaciones académicas en Chile y en el extranjero.

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 del curso “Derecho, Economía y Mercado” en pregrado, así como del curso “Derecho Constitucional y Regulación Económica” en el Magíster de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, de la cual es, además, profesor investigador de la Facultad de Derecho.

HERNÁN SALINAS BURGOS

Abogado, Licenciado en Derecho por la P. Universidad Católica de Chile (1975) y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Internacional de la Universidad de Chile (1983). Es profesor y Director del Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es además profesor del Master en Derecho Internacional dictado por la Universidad de Heidelberg y la Universidad de Chile, de la Universidad de Chile y de la Universidad de los Andes. Actualmente se desempeña como Vicepresidente de la Sociedad Chilena de Derecho Internacional y es Miembro Asociado del Instituto Hispano-Luso- Americano de Derecho Internacional. Ex miembro de la Comisión Internacional de Encuesta del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 y ex Subdirector Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores. Es autor de numerosos artículos de revistas y libros especializados chilenos y extranjeros.

LUIS SEGUEL MALAGUEÑO

Abogado de la Universidad de Chile, profesor responsable de la cátedra de Clínica Tributaria de la Escuela de Derecho de esa Casa de Estudios y además académico en derecho tributario en la Facultad de Economía de la

Universidad Católica. Tiene un postítulo en Derecho Tributario General de la Universidad de Salamanca, candidato al grado de Magíster en Legislación, Planificación y Gestión Tributaria de la Universidad de Santiago. Gerente de Servicios Tributarios de Ernst & Young, experto en litigación tributaria.

EDUARDO SOTO KLOSS

Abogado. Licenciado en Derecho de la Universidad de Chile. Premio Fide 1963. Beca gobierno de Francia 1965/1968. Doctor en Derecho por la Universidad de París (Panthéon - Sorbonne). Estudios de Postdoctorado en la Universidad de Roma (1969/1970), con el Prof. M. S. Giannini. Profesor Auxiliar y Profesor Agregado de Derecho Administrativo en dicha Facultad 1970-1972 y 1972-1974, respectivamente. Profesor titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile desde julio 1973 (por concurso público). Profesor titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (1974-1998). Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás (desde 1998). Abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago (1989). Abogado integrante del Tribunal Constitucional (1985-2003). Autor de más de 150 artículos en revistas jurídicas de Chile, Argentina, Uruguay, Brasil, Colombia, Venezuela, España y Polonia (alguno de ellos traducidos al portugués y al polaco); de más de 120 comentarios de jurisprudencia (en Informe Constitucional, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* / sección 5^a / derecho público y en *Ius Publicum*), y de seis libros, entre ellos "El ordenamiento constitucional" / 1980, "El recurso de protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia" / 1982, y "Derecho Administrativo (2 vols.)" / 1996. Director de la *Revista de Derecho Público* (Univ. Chile), 1974-1996 (N^{os} 15 al 60), y de *Ius Publicum* (Univ. Santo Tomás), desde 1998 (N^{os} 1 a 18 actualmente). Profesor honorario de la Universidad de Mendoza / Argentina, extraordinario de la Universidad del Rosario / Bogotá - Colombia, y visitante de la Universidad de Concepción / Chile.

Sentencias Analizadas

I. CORTE SUPREMA Y CORTES DE APELACIONES

1. Recurso de Casación caratulado “Fondo de Inversión de Desarrollo de Empresas Midway S.A. con Price Waterhouse”. Rol N° 3572-2005, de 20 de julio de 2006 (Análisis de Felipe Bahamóndez).
2. Recurso de apelación a protección, caratulado “Trabajadores de los sindicatos N° 1 y 2 de Aquachile”. Rol N° 5234-2005, de 5 de enero de 2006 (Análisis de Ignacio Covarrubias).
3. Recurso de Protección caratulado “RTT con Colegio Craighouse”. Rol N° 8372-2005, de 28 de marzo de 2006 (Análisis de José Francisco García y Marcelo Brunet).
4. Recurso de Casación caratulado “Paulino Flores Rivas y otros”. Rol N° 559-2004, de fecha 13 de diciembre de 2006 (Análisis de Hernán Salinas).
5. Recurso de Protección caratulado “Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile con Contralor General de la República”. Rol N° 8344-2005, de 25 de abril de 2006 (Análisis de Eduardo Soto Kloss).

II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6. Sentencia Rol N° 464, de 31 de enero de 2006, que se pronuncia respecto del requerimiento que solicita la declaración de inconstitucionalidad de la actuación del presidente del Senado y de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de dicha corporación, durante la tramitación del proyecto de reforma constitucional que establece un principio proporcional y representativo en el sistema electoral (Análisis de José Manuel Díaz de Valdés).
7. Sentencia Rol N° 480, de 27 de julio de 2006, que se pronuncia respecto de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Iberoamericana de Energía Ibener S.A., respecto de diversas disposiciones de la Ley N° 18.140 (Orgánica de la SEC) y del DFL N° 1 del Ministerio de Minería; Con relación al caso “Ibener con SEC” ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Análisis de Miguel Ángel Fernández).

8. Sentencias Rol N° 478, de 8 de agosto de 2006; Rol N° 529, de 9 de noviembre de 2006; Rol N° 533, de 9 de noviembre de 2006; Rol N° 561, de 12 de enero de 2007; Rol N° 568, de 12 de enero de 2007 y Rol N° 661, de 12 de enero de 2007 ; que se pronuncia respecto de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentados por diversos parlamentarios en contra del artículo 416 inciso tercero del Código Procesal Penal sobre “desafuero” (Análisis de Gastón Gómez).
9. Sentencias Rol N° 472, de 30 agosto de 2006 y Rol N° 499, de 5 de septiembre de 2006, que se pronuncian respecto de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 116 del Código Tributario; con relación a recursos de apelación ante Cortes de Apelaciones en contra de sentencias dictadas por jueces tributarios en procedimientos de reclamación en contra de liquidaciones de impuestos (Análisis de Pablo Greiber, Luis Seguel y Luis Ocampo).
10. Sentencia Rol N° 534, de 21 de agosto de 2006, que se pronuncia respecto del requerimiento de 15 senadores para que se declare la inconstitucionalidad del artículo 183 ter que se agrega al Código del Trabajo, en proyecto de ley sobre trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios (Análisis de Teodoro Ríbera).

III. TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

11. Sentencia N° 45, de 26 de octubre de 2006 *que se pronuncia respecto del* requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. por prácticas restrictivas a la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y demanda reconvencional de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. en contra de Voissnet S.A. por competencia desleal en el mismo mercado (Análisis de María de la Luz Domper y Víctor Manuel Avilés).
12. Sentencia N° 43, de 7 de septiembre de 2006, *que se pronuncia respecto del* requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de las empresas AGA S.A., Air Liquide Chile S.A., Indura S.A. y Praxair Chile Ltda., por prácticas concertadas en el mercado del oxígeno líquido y gaseoso de uso medicinal para hospitales públicos (Análisis de Juan José Romero).

