



MEMORIA



REVISTA ESTUDIANTIL DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

MEMORIA SEMESTRAL - VOLUMEN I
SEGUNDO SEMESTRE 2020





REVISTA ESTUDIANTIL DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Directora

Catalina Rojas Cueva

Coordinadora General

Victoria Subiabre Chiong

Secretario

Francisco Camus Rojas

Editor

Jorge Donoso Barrera

Jefe de Corrección

Gabriel Campos Torrente

Jefa de Difusión

Diandra Gutiérrez Silva

MEMORIA DEDICADA A JOSÉ DÍAZ DÍAZ



***"En tiempos difíciles, debemos tener presentes
nuestros éxitos, ver nuestra brillante perspectiva
y aumentar nuestro coraje"***

Mao Tse Tsung (8 de septiembre, 1944)
Obras Seleccionadas, Vol. III, pp. 227-228.

José Díaz se incorporó al equipo de la Revista con ganas de fomentar la academia y la investigación en nuestra Facultad, siguiendo la búsqueda de conocimiento que tanto lo caracterizaba. No solo fue un integrante de este equipo sino que también fue nuestro compañero, nuestro amigo; alguien que siempre apuntaba alto y que trajo ánimos y sonrisas a un espacio que lo recibió de brazos abiertos.

Dedicamos esta Memoria a José, porque su persona encarnaba los valores más esenciales de esta Revista: la reflexión jurídica, el pensamiento crítico, la curiosidad académica, y sobre todo, el desarrollo de una investigación accesible que no se agote en las cátedras de pregrado. Su persona vivirá siempre en esta iniciativa y en los desafíos que debamos enfrentar.

"Una de las cosas que caracterizó a José en el tiempo que lo conocimos fue su pasión por aprender y por ayudar a que otros aprendan. José fue para nosotros un amigo, un maestro y una fuente de inspiración cada vez que necesitábamos ayuda, pues siempre estuvo disponible para servir y enseñar.

Así como José fue una inspiración para nosotros, lo fue también con cada compañero de generación, sobre todo en sus días como delegado académico; y lo fue con los vecinos de cada comunidad a la que fue a hacer talleres jurídicos, pues buscó durante los 5 años que lo conocimos ser un agente de cambio, democratizando el conocimiento.

Si algo hay que nos enseñó José es que la investigación y la academia no deben estar encerradas en espacios universitarios y académicos, sino que deben socializarse y ser una contribución real para el país. Él nos inculcó la vocación de servicio detrás de la academia.

Cerca de 5 meses tras su partida, hoy dedicamos estas palabras en el nombre y memoria de nuestro amigo y hermano, José "Dritz" Díaz, quien enseñó e inculcó en quienes lo conocimos la pasión por la investigación y búsqueda de nuevos conocimientos".

- Por siempre, tus amigos y compañeros.

¿QUÉ ES REIJ?

REIJ es un proyecto creado por un grupo de estudiantes de Derecho UC que consiste en una plataforma virtual de difusión, divulgación y formación de textos de carácter jurídico. Este proyecto pretende ser un espacio de reflexión, respeto y pensamiento crítico.

Nuestro principal objetivo es crear una comunidad estudiantil que fomente la investigación de diversos temas jurídicos para promover el diálogo constructivo, responsable, informado, consciente y respetuoso entre los agentes sociales para cultivar y promover la discusión pública.

ACTIVIDADES



LANZAMIENTO DE CUENTA DE INSTAGRAM

El 31 de agosto nos unimos a Instagram. Desde entonces, por medio de esta plataforma, anunciamos nuestras convocatorias, sugerimos temas de investigación, comunicamos algunas noticias de relevancia jurídica y publicamos breves reseñas sobre los textos que nos envían a la Revista.

LANZAMIENTO DE PÁGINA WEB



Gracias al apoyo del profesor Felipe Bravo Alliende logramos obtener un dominio web, lo que nos permitió dar mayor visibilidad y difusión a los textos enviados a la Revista. El 5 de septiembre, hicimos el lanzamiento oficial de nuestra página web **www.reij.cl**

PRIMERA GRAN ASAMBLEA

Con el propósito de invitar a participar a todos los estudiantes de la Facultad en el proyecto, el 14 de septiembre realizamos una reunión abierta para dar a conocer la iniciativa, compartir experiencias y conversar sobre los desafíos de la Facultad en relación a la investigación en pregrado.



TALLER DE BÚSQUEDA DE INFORMACIÓN

Por iniciativa de José Díaz, se organizó un Taller de Búsqueda de Información en colaboración con Bibliotecas UC, el día 13 de octubre. En esta oportunidad, María José Gómez, bibliotecóloga de la Biblioteca de Derecho, presidió el taller y nos señaló algunas herramientas y recursos de búsqueda de información.

SEGUNDA GRAN ASAMBLEA

El 12 de noviembre realizamos una segunda reunión abierta en consideración al interés y gran acogida del proyecto en el estudiantado de pregrado.

REUNIÓN CON PROFESOR FELIPE BRAVO ALLIENDE

Nos reunimos con el profesor de Derecho Económico, Felipe Bravo Alliende, para presentarle nuestro proyecto, recibir retroalimentación y conversar sobre propuestas e ideas para incentivar la investigación en nuestra Facultad.



REUNIÓN CON DECANO, DIRECTORA DE LA ACADEMIA DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA Y DAE

Con el objetivo de obtener ayuda de la Facultad y recibir consejos y comentarios de nuestras autoridades, realizamos una reunión con el decano don Gabriel Bocksang Hola, la directora de la Academia de Investigación Jurídica, doña Magdalena Ossandón Widow y con doña Constanza Opazo, coordinadora académica de la Dirección de Asuntos Estudiantiles (DAE).

REUNIÓN CON CONSEJERÍA ACADÉMICA

Nos reunimos con Arturo Saffie Vega, consejero académico de nuestra Facultad, con quien conversamos sobre el proyecto y sobre cómo incentivar iniciativas académicas entre los estudiantes.





REUNIONES SEMANALES

Todas las semanas, nos reunimos para planificar nuestras actividades, organizar nuestro calendario y ¡conversar!

REUNIÓN CON COLEGIO DE AYUDANTES DERECHO UC



Nos reunimos con los integrantes del Colegio de Ayudantes de Derecho UC para conversar sobre nuestros proyectos, ideas en común y formas de colaboración.



LANZAMIENTO CANAL DE YOUTUBE

Creamos canal de Youtube donde subimos contenido correspondiente a las charlas, conversatorios, talleres de formación y diferentes eventos que realizamos de forma virtual.

Ciencia Ficción y Derecho o cómo escapar del “demonio de la perversidad”

José Díaz Díaz

Estudiante Derecho UC, quinto año

—¡Explicar! Tal vez le gustaría explicármelo a mí también. No estoy acostumbrada a verme privada de mis libertades civiles de esta forma. En Estados Unidos, nadie soñaría con decir dónde puedes y no puedes ir.

Y más de treinta millones de norteamericanos murieron durante la Pandemia como resultado de esa forma de pensar.

Connie Willis – “El Libro del Día del Juicio Final” (1992)

La ciencia del derecho tradicionalmente ha trabajado mirando hacia el pasado: sobre leyes ya redactadas, un cuerpo doctrinario que, en algunas ocasiones, llega a ser dos veces milenario, entre otros aspectos. Incluso aquella parte de la doctrina que se dedica a proponer reformas al sistema vigente se suele basar en una mera reacción a los fenómenos que ya existen en el tiempo actual o en el pasado reciente. En contraste, es casi nula la preocupación que los juristas han puesto en el futuro, en cómo el derecho puede afrontar

aquellas situaciones que, si bien aún no existen, puede vislumbrarse que llegaran a suceder en el mediano y largo plazo.

En este sentido, aun aquellas corrientes al interior de la academia que han buscado darle un nuevo aire a la disciplina, han terminado siendo succionadas por esta mirada obsesiva al pasado. Así, hasta el movimiento *law and literature*, que buscaba una nueva perspectiva al generar una relación simbiótica entre el derecho y la literatura (en tanto expresión más pura de lo humano) se ha terminado quedando corto, al verse confinado a infinitos comentarios acerca del mismo corpus literario de insignes obras occidentales o, cuando mucho, de alguna novela realista o *best seller* reciente.

Sin embargo, creo que hay una forma de escapar de este “demonio de la perversidad” (en palabras de Poe) que nos impulsa una y otra vez a caer en el mismo error de las soluciones obsoletas o reaccionarias a los desafíos que nos impone un mundo que evoluciona cada vez más rápido. Este camino pasa por rescatar la base del movimiento *law and literature*, pero cambiando levemente su enfoque.

El lograr que la ciencia jurídica tenga una real mirada a futuro implica que logre escapar de la limitación que le imponen sus propias preconcepciones y axiomas; para ello el

derecho debe realizar un difícil ejercicio de bilocación: desprenderse de su propio cuerpo y verse a sí mismo desde el exterior, en otras palabras, ser tanto la Tierra como el alienígena que, desde su nave, la observa por vez primera. Para tal propósito la literatura juega un rol fundamental, pues el efecto empático que produce la buena obra narrativa en el lector permite simular el acto de desdoblamiento al que me referí anteriormente, de manera de ver tanto los efectos que produce nuestra labor en la sociedad y, especialmente, aquellas falencias que generalmente solemos pasar por alto.

Sin embargo, no toda obra literaria pareciera ser igualmente apta para este fin, pues esta mirada alienígena debe estar dirigida a un objetivo claro: permitir anticipar los posibles fenómenos que en el mediano y largo plazo se puedan suscitar y crear las herramientas jurídicas apropiadas para poder afrontarlos llegado el momento. Es acá donde entra en juego el género de la ciencia ficción.

Se está lejos de tener una definición unitaria de lo que es la ciencia ficción (Spinrad llegaría a decir que "ciencia ficción es todo lo que se publica en libros y colecciones de ciencia ficción"), sin embargo, pareciera haberse impuesto lentamente un consenso respecto a que el elemento diferenciador de la CF respecto de otros géneros literarios reside en su carácter especulativo. Esto quiere decir que

detrás de cada obra del género se encuentra, de forma explícita o implícita, la pregunta “¿Qué pasaría si...?”; de esta manera, por ejemplo, la representación de una civilización extraterrestre es en el fondo un cuestionamiento acerca de cómo hubiese sido nuestro planeta o la especie humana si hubiera habido algún cambio en el proceso de su génesis o desarrollo.

Y es precisamente en el antedicho elemento especulativo de la CF donde se puede encontrar la escapatoria al demonio de la perversidad del derecho. Este género nos permite no solamente la abstracción necesaria para ver el fenómeno jurídico a la vez desde dentro y desde afuera, sino también el tratar de anticipar cuáles serán los nuevos desafíos que deberá afrontar el derecho y por consiguiente, los recursos que se deberán desarrollar para ello.

A modo de ejemplo, en 1992 la escritora británica Connie Willis publicó la novela “El Libro del Día del Juicio Final”, una de cuyas dos tramas paralelas trataba acerca de qué pasaría si de repente una misteriosa epidemia respiratoria atacase una sociedad postindustrial (en este caso, el Oxford de 2055). Entre otros aspectos, Willis hablaba de la importancia que habrían de adquirir los sistemas de TTA (testeo, trazabilidad y aislamiento) en la contención de la plaga, los efectos que

produciría la imposición de una cuarentena total en un desarrollado polo urbano (desde la huida compulsiva de la ciudad en los momentos previos a su entrada en vigor hasta los fenómenos de acaparamiento surgidos a raíz del pánico) o los movimientos negacionistas de la epidemia que no tardarían en surgir.

¿Acaso no hubiera sido provechoso una reflexión desde el mundo jurídico de los problemas planteados en la novela? ¿No habría permitido empezar a pensar cómo nos podemos preparar para enfrentar una situación de emergencia sanitaria en el mundo del internet y las metrópolis?

Finalmente, no quiero que mis palabras se interpreten en el sentido de creer que los escritores de CF son una especie de oráculo o que cualquier escenario planteado en una obra del género sea igualmente plausible; sin embargo, incluso aquellos supuestos más extravagantes nos pueden llevar a reflexiones de máxima utilidad para la construcción de nuestra disciplina.

Por ejemplo, en “La Mano Izquierda de la Oscuridad” (obra maestra de Úrsula K Le Guin) se plantea la existencia de una civilización fundada por una especie cuya principal característica consiste en que, durante la mayor parte del tiempo (tres semanas dentro de un mes) son sexualmente

neutros, mientras que, en el tiempo remanente, pueden adoptar tanto la identidad sexual de un hombre como de una mujer, dependiendo de determinados factores ¿Acaso el imaginar cómo se estructuraría esta sociedad, totalmente ficticia e implausible desde nuestra perspectiva, no sería un buen punto de partida para reflexionar hasta qué punto nuestras instituciones jurídicas están determinadas por la existencia de dos sexos claramente definidos e inamovibles?

En conclusión, si bien el movimiento *law and literature* ha prestado grandes servicios a la disciplina jurídica al permitirle escapar de los rígidos límites que a veces impone la dogmática, no ha logrado escapar del “demonio de la perversidad” que pareciera cernir su negro manto sobre todo el mundo jurídico. Para ello es necesario dar un paso más allá, y abrazar el ejercicio especulativo y subversivo (en el sentido de alterar o invertir nuestras concepciones más habituales y profundas) al que nos invita el género de la ciencia ficción y hacerlo parte integral de nuestras instituciones jurídicas. De esta manera, de igual manera que la invención del cohete nos permitió vencer la fuerza gravitatoria terrestre y abrir las puertas de la exploración espacial, la introducción de la Ciencia Ficción y su “método” especulativo al mundo jurídico nos podría permitir escapar de la fuerza centrípeta del pasado.

Bibliografía

La mano izquierda de la oscuridad (s.f). En *Wikipedia*.

Recuperado 20 de septiembre de 2020

https://es.wikipedia.org/wiki/La_mano_izquierda_de_la_oscuridad

El tamaño de la cancha

Matías Ulloa

Estudiante de Derecho UC, cuarto año

Hay que tener presente que una Nueva Constitución no va a solucionar los problemas económicos y sociales. Si la Nueva Constitución facilita el paso a un sistema previsional de reparto, aumentarán las pensiones actuales, pero disminuirán las futuras y/o aumentará la deuda pública. Si la Nueva Constitución permite a los parlamentarios subir el sueldo mínimo, ello no cambia que como consecuencia se van a producir desempleo y/o inflación (teniendo en cuenta que el salario mínimo ya es más de un 75% de la mediana de los salarios, lo que refleja un problema de productividad). En resumen, un cambio constitucional no va a mejorar la restricción presupuestaria de nuestra sociedad, ni la productividad ni el bienestar material de las personas. Por el contrario, implica enormes costos humanos y económicos: cerca de 200 personas con daño ocular permanente, decenas de muertos, la pérdida de casi 300.000 empleos (y ojo que en estos casos los deciles más pobres se llevan la mayor parte del desempleo) y un enorme daño al patrimonio histórico y a

locales comerciales de pequeños y medianos empresarios. Casi siempre es así: la Revolución Francesa se llevó más de 20.000 vidas y provocó la primera hiperinflación del mundo moderno, pero también acabó con el Antiguo Régimen. En tiempos de cambio, los vivos le debemos a los muertos hacer lo mejor posible y para hacerlo debemos ser conscientes de las lecciones del pasado.

La primera Constitución presidencialista del mundo fue la de Estados Unidos, aprobada por la Convención Constitucional de Filadelfia en 1787. Parte de la gran labor de propaganda a favor de la Constitución fue realizada por James Madison, Alexander Hamilton y John Jay, quienes publicaron 85 artículos en diversos diarios que llegaron a conocerse como Federalist Papers o El federalista. Dicha obra es una piedra angular del constitucionalismo moderno, pues explica los diversos mecanismos de esa Constitución para limitar el poder tanto de la clase política sobre los ciudadanos como de las mayorías sobre las minorías, además de establecer la distinción entre República Representativa y Democracia Pura que tanta falta hace en nuestro debate político. El éxito del sistema presidencialista provocó que todos los países de Latinoamérica lo adoptasen tiempo después. Salvo por el periodo de 1891-1925 Chile siempre ha sido más presidencialista que quienes inventaron el

presidencialismo. El emperador Pedro de Brasil llegó a decir, luego de leer la Constitución de 1833, que el presidente de Chile tenía un poder propio de un Emperador, mientras que en Brasil el emperador tenía un poder propio de un presidente. Las tres Constituciones duraderas en la historia de Chile fueron impuestas por la fuerza y dejaron al presidente con más poder del que tenía antes. Actualmente el presidente tiene iniciativa exclusiva para modificar los impuestos, la administración del Estado, el salario mínimo y presentar la ley de Presupuesto, entre otros. El presidente es un Gran Legislador, llegando a ser el poder ejecutivo más poderoso de cualquier república representativa que no esté en proceso de transformarse en dictadura.

Lo anterior impide que algún parlamentario pueda proponer un proyecto de ley en los temas claves que son de iniciativa exclusiva del presidente. Pero lo que relega al poder legislativo a una irrelevancia parcial son los quórum, es decir, proporción de legisladores que deben aprobar un proyecto de ley según la materia, regulados en los arts. 66 y 127 de la actual Constitución Política de la República (CPR).

Las reformas a los capítulos I, III, VIII, XI, XII y XIV de la CPR exigen ser aprobadas por 2/3 de los diputados (104 de 155) y senadores (29 de 43) en ejercicio. Estos capítulos regulan: las bases de la institucionalidad, los derechos y

deberes constitucionales, el Tribunal Constitucional, las Fuerzas Armadas, el Consejo de Seguridad y los mecanismos de reforma constitucional. Asimismo, las leyes que interpretan algún precepto constitucional requieren el mismo quorum, pero no se han aprobado por existir otros medios preferibles.

Las reformas a los demás capítulos de la CPPR deben ser aprobadas por 3/5 de los diputados (93 de 155) y senadores (26 de 43) en ejercicio. Las materias de estos capítulos: nacionalidad y ciudadanía, Gobierno, Congreso Nacional, Poder Judicial, Ministerio Público, Servicio y Justicia Electoral, Contraloría, Banco Central y Administración regional, provincial y municipal.

Las leyes orgánicas constitucionales (LOC) deben aprobarse por 4/7 de los diputados (89 de 155) y senadores (25 de 43). La Constitución da a ciertas materias esta jerarquía, normalmente para regular en detalle un organismo público mencionado en la Constitución o algunos aspectos específicos de la administración estatal, por lo que existen alrededor de 50 LOC, gran parte de ellas dictadas poco antes de que Pinochet cediera el poder, con algunas sufriendo cambios mínimos.

Las leyes de quorum calificado deben aprobarse por la mayoría absoluta de los diputados (78 de 155) y senadores (22 de 43) en ejercicio. La Constitución también regula qué

materias deben aprobarse por dicho quorum: los cambios en el sistema de AFP, la creación o modificación de empresas estatales, el CNTV, el control de armas y los límites a la libertad de expresión, los casos en que los funcionarios públicos deben guardar en reserva la información, la ley de terrorismo, limitaciones a la adquisición de algunos bienes y los casos en que procede la pena de muerte.

Las leyes simples que deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de los diputados y senadores presentes en sala. Solo las leyes simples o de mayor jerarquía que pueden establecer límites a los derechos fundamentales del artículo 19, mientras no lo afecten en su esencia.

Si solo tomamos en cuenta la Constitución como tal, esta es mínima pues apenas tiene 129 artículos y por ello no debería ser un obstáculo a la disputa cívica. Pero incorporando todas las materias de quorum especial, termina regulando más de lo que parece. Algunos de estos quórums supra mayoritarios tienen sentido, pues hay órganos como el Banco Central, el Poder Judicial y el TRICEL cuya independencia debería protegerse de los incentivos perversos de la clase política. Sin embargo, el diablo está en los detalles, pues tanto la CPR como las LOC abarcan materias que deberían ser parte de la discusión contingente de políticas públicas. En el artículo 19 de la CPR se intercalan derechos abstractos que muchas

veces no se respetan con especificaciones de política pública, por ejemplo, que "Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, sea este estatal o privado". El proyecto de Constitución presentado por Bachelet tenía un vicio parecido, regulando parte del funcionamiento de las Universidades del Estado.

Por otro lado, hay materias de LOC que no tienen mucha justificación, como los requisitos mínimos para abrir un establecimiento educacional o las bases del sistema previsional de Carabineros y Fuerzas Armadas.

Mientras mayor sea el quorum, más difícil será lograr un cambio, generando una tendencia a la inercia en aquellas materias que son parte de las demandas ciudadanas. Sin embargo, con una Convención Constitucional que parte de una hoja en blanco, un quorum de $2/3$ producirá un resultado contrario. Solo será parte de la Constitución aquello que sea considerado legítimo por 104 de los 155 miembros. Ello implica un consenso que vaya desde el PC hasta RN o desde el PS hasta la UDI. Tanto la derecha como la izquierda tendrán poder de veto, lo cual es mejor de lo que suena, porque toda materia vetada de la Constitución va a ser regulada en una ley simple. Buscar quórumos menores para buscar constitucionalizar políticas públicas concretas o posiciones políticas específicas es hacer lo mismo que se le critica a

Jaime Guzmán, restringir la cancha para que el adversario juegue en desventaja. El riesgo de esto es que la Constitución mantenga una orientación política distinta de la deseada por la población. Pero una cancha muy amplia también es problemática, permitiendo al Estado abusar de sus ciudadanos o a la clase política corromper la división de poderes. Las dos primeras constituciones en asegurar derechos sociales son prueba de ello. La Constitución de México de 1917 permitió que un partido político corrompiera el sistema y se mantuviera en el poder por 70 años y la Constitución de Weimar de 1919 no fue obstáculo para que un líder electo democráticamente violara los derechos humanos de millones de personas.

La Nueva Constitución debe facilitar el debate democrático de las políticas públicas que le importan a los chilenos, pero no se debe olvidar que el constitucionalismo tiene la misión de regular aquellos derechos y órganos públicos tan fundamentales que una mayoría circunstancial no debería alterarlas. En la palabra democracia, *krátos* significa poder absoluto, así que la democracia es un poder absoluto del pueblo. Si estamos de acuerdo en que los derechos humanos son inviolables, significa que el poder de ninguna institución o grupo puede ser absoluto, ni siquiera el poder del pueblo. Toda buena Constitución debería tener esa faceta

contrademocrática, pues no se trata solo de que la cancha sea suficientemente amplia para permitir que los distintos proyectos políticos legítimos puedan formar parte de la disputa cívica en igualdad de condiciones, sino que también debe ser suficientemente estrecha para dejar fuera el abuso, la corrupción y el oportunismo en la mayor medida posible. Por otro lado, ampliar la cancha no garantiza nada, ni que la clase política sea más eficiente, ni que el sistema de pensiones mejore, ni que la dignidad se haga costumbre. El orden institucional que surja de la Nueva Constitución va a exigir más responsabilidad y virtud cívica por parte de todos, porque va a aumentar el margen para que haya nuevos aciertos políticos, pero también para que haya nuevos errores. Nadie nace con un derecho a tener un buen gobierno, sino que como ciudadanos debemos pagar el precio de la eterna vigilancia.

En cuanto a la preclusión del derecho de oponer incidentes por hechos anteriores o coetáneos al juicio por la imposición previa de una excepción dilatoria

Francisco Camus Rojas

Estudiante de cuarto año, Derecho UC

Una vez presentada y notificada la demanda con las formalidades que expresa la ley se ha dicho por parte de la doctrina que se forma la relación triangular procesal y, por tanto, ha de entenderse que en ese momento se ha iniciado lo que se denomina juicio. Desde ese punto se pueden interponer las acción principales y accesorias o incidentales que tengan por objeto fundamentar o desacreditar el objeto procesal en discusión.

Hay diferentes actuaciones que puede realizar las partes durante el proceso, como son los incidentes y las excepciones. Entre estas dos figuras es la que se discurrirá en este texto, en específico sobre los incidentes que se fundamentan en un hecho previo o simultaneo a la formación del juicio y las excepciones dilatorias.

Se ha entendido los incidentes como “toda cuestión distinta y accesoria del asunto principal de un juicio, que presentándose durante el curso del proceso, puede en ciertos casos suspenderlo, y sobre el cual debe recaer una resolución especial del tribunal” (Salas). Es posible encontrar una referencia similar a incidente en el art. 82 del CPC.

“No cabe, pues confundirlas cuestiones accesorias, que son los incidentes que pueden suscitarse en el curso del juicio, con las cuestiones principales que constituye el objeto o contenido de este último” (Casarino).

Es por esto por lo que hay que entender que las cuestiones que no tienen influencia con lo principal, con el fondo del asunto, siendo el fondo del asunto todo aquello que tiene una incidencia directa con el objeto procesal, deben considerarse como incidentes. Ya que se comprende la cuestión incidental como una actuación indirecta al objeto principal del juicio. Y se concluye que se estará frente a una cuestión accesoria al juicio y a su objeto procesal, pero aun siendo así estos incidentes necesitan del pronunciamiento del tribunal.

Planteado lo anterior, el art. 84 de CPC hace referencia a unos incidentes en específico. Los incidentes basados en hechos que ocurren antes o durante la substanciación del proceso. Estos deben ser promovidos antes de cualquier

gestión principal del pleito. En base a lo que se expuso anteriormente se entiende que precluirá el derecho a interponer estos incidentes si es que ha habido una actuación que apoye o ataque directamente al fondo del juicio. De lato conocimiento será que precluirá dicho derecho cuando se interpongan la contestación, siendo este indudablemente una gestión principal al proceso ordinario.

El problema surge cuando ante de la interposición de este tipo de incidentes se interpone una o varias excepciones dilatorias.

Lo primero es esgrimir si las excepciones dilatorias son o no incidentes, ya que se ha dicho que los incidentes son **todas** aquellas cosas accesorias al objeto procesal que se promueve en el juicio. Si se entiende que las excepciones dilatorias son una gestión accesoria, puesto que no apuntan al fondo del asunto, a priori, deberían entenderse como incidentes. Y al ser entendidas como incidentes no producen que el derecho a levantar los incidentes en cuestión precluya.

Pero, si se realiza una revisión plenamente normativa se puede deducir que las excepciones dilatorias no deben ser considerados como incidentes, ya que:

- (1) Este tipo de excepciones está tratado en el capítulo VI del segundo libro del CPC que trata sobre del juicio ordinario y no en el capítulo IV denominado incidentes ni

en los títulos siguientes que tratan de incidentes especiales del libro primero de este código. Por lo que el legislador los ha tratado en libros sumamente diferentes y separados.

No pareciera ser un argumento aceptable entender que este tipo de excepciones son unos incidentes especiales del juicio ordinario, ya que puede aplicarse tanto al juicio sumario como cualquier otro tipo de juicio que se aplique por vía escrita. Esto, por el mismo hecho de ser el juicio ordinario de orden general y supletorio se entiende que las reglas de la excepción dilatoria también son aplicables a todo otro tipo de proceso donde se le pueda dar cabida.

- (2) Una razón mucho más de peso es que el legislador en el art. 307 manda que *“las excepciones dilatorias se tramitarán como incidentes”*. Lo que marca una fuerte postura por parte del legislador de diferenciar a las excepciones dilatorias de los incidentes.

El legislador pudo haber establecido que las excepciones dilatorias son incidentes y así hacer innecesario el art. 307, ya que al haber dicho que eran incidentes necesariamente se sujetaban a su medio de tramitación. Pero no lo hizo, porque se puede deducir

que el legislador no entiende que los incidentes y estas excepciones sean lo mismo.

Se debe agregar que en los manuales de derecho procesal se suele tratar a las excepciones dilatorias en la parte de juicio ordinario y no en la parte de incidente y en los libros sobre incidentes no lo tratan dentro de él.

Es más el maestro Carlos Stoeihrel trata a las excepciones dilatorias dentro de su libro de las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes, tratándolos separados de estos últimos y estimando que se tramitan **como incidentes y no que son incidentes**.

Otro argumento para esgrimir que las excepciones dilatorias no son incidentes es que en el Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil, la figura de estas excepciones, con el nuevo nombre de excepciones previas, se sigue tratando por separado de los incidentes y al referirse como se deben tramitar se dice que se tramitarán **como incidentes**. Por lo que se puede decir que ni aun en este NCPC se establece la verdadera naturaleza de estas excepciones que a este punto parece realmente accidentada.

El análisis inmediato sería entender que las excepciones al no ser incidentes y, por tanto, no accesorios, deberían ser una cuestión principal y, a su vez, si se ha interpuesto una excepción dilatoria anteriormente debería hacer que precluya

el derecho a interponer los incidentes basados en hechos previos o coetáneos al juicio. Puesto que interponiendo estas excepciones se haría una gestión principal y precluiría el derecho a interponer los incidentes del art. 84 inciso segundo del CPC.

Mas, este análisis parece incorrecto por la sola lectura del art. del art 303 N° 6, el cual define según la doctrina lo que se debe entender como excepción dilatoria. Por tanto, las excepciones dilatorias son *“las que se refieran a la corrección del procedimiento sin afectar al fondo de la acción deducida”*.

El objeto de las excepciones dilatorias es subsanar los vicios del procedimiento; evitar que se entre al fondo del pleito, mientras esos vicios no sean corregidos (Stoherel). Es por eso, que aun no siendo un incidente las excepciones dilatorias no son una gestión principal, puesto que no apunta al fondo o al objeto procesal mismo,

Pero ¿Cuál es la naturaleza de estas excepciones? Lo más correcto es entender que debe ser entendido como una gestión accesoria no incidental, es decir que, aunque una gestión accesoria no es un incidente ocupando en una naturaleza propia. La noción sobre a qué institución jurídica pertenece la excepción dilatoria no es parte de la extensión de este escrito y no es necesario para llegar a la conclusión sobre la preclusión del incidente en cuestión.

Lo que sí parece relevante es que la excepción dilatoria no es una gestión principal y como tal, si se ha interpuesto anteriormente una de estas excepciones, no hace que precluya el derecho de interponer los incidentes que nacen de un hecho anterior al juicio o coexistente con su principio. Esta solución es además coherente con la misión de las excepciones dilatorias, porque aun cuando los incidentes son accesorios al juicio necesitan de un proceso legalmente tramitado, para que así lo que se obre sea válido, no termine siendo nulo y se terminen perdido recursos económicos y procesales.

Bibliografía:

CASARINO VITERBO, M: *Manual de Derecho Procesal*, Tomo III, Sexta edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

SALAS VIVALDI, J: *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil y penal*, Quinta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

STOEHREL MAES, C: *De las disposiciones común a todos procedimientos y de los incidentes*, Quinta edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

Los cambios silenciosos

Matías Silva

Estudiante de Derecho UC, cuarto año

Hace unos días tuve una conversación con un profesor, en la que él me expuso que algunos de sus conocidos en la profesión preferirían que los edificios del Poder Judicial público (en esto incluyo tribunales ordinarios, Corte de Apelaciones, Corte Suprema) se desplazaran al sector el Golf o sus cercanías.

Esto tiene mucho sentido para ellos, pues ahí es donde ellos viven y trabajan, es ahí donde se ubica el Derecho Privado en su expresión más potente: las grandes firmas que ven asuntos de índole civil y comercial. Estas están en los pisos más altos de edificios de un celeste creado por vidrios modernos, decorados con artes abstractos y aires acondicionados. El moverse desde ahí o desde sus hogares semanal o diariamente a un lugar tan lleno de gente, grafitis, negocios ambulantes y gritos, no suena como algo cómodo, por lo que sería de lo más natural el que se alegraren de que los edificios queden cerca de ellos. Punto aparte, aumentaría la eficacia de sus trabajos.

Vengo a proponer que limitarnos a pensamientos como este, inmediatos y “naturales” son parte del motivo por el que estamos en la situación actual.

Los edificios del Poder Judicial Público han estado ahí por mucho tiempo, ello se refleja en el diseño con el que lucen y embellecen el sector del centro de Santiago, fueron hechos en una era en la que la elite económica e intelectual de Chile vivía ahí. Ellos construyeron cerca de donde vivían. Ahí está la Moneda, la Contraloría, la Corte Suprema, el Museo Nacional de Bellas Artes. El sentido de República Clásica que quiso darle la élite deja rastro hasta el día de hoy, pero la gente que camina esas calles es otra. Camina gente de toda índole, abogados en sus trajes, vendedores ambulantes, mendigos y líderes de bancos. La gente común consiguió la victoria de disfrutar las calles y plazas que la élite pasada se dejó para sí.

Sin que nadie lo planeara, por mero mover de la urbe de Santiago, se logró algo bueno: la gente puede acercarse al poder que les rige. Los poderes del Estado no se ven, al menos en el punto físico, como un castillo feudal que gobierna sobre un pueblo que está debajo de la colina, sino que la gente puede, con menor dificultad que anteriormente, acercarse a los distintos poderes, preguntar o exigir todo ello que requiera.

Si tenemos esto en cuenta, lo mencionado al principio adquiere un aspecto más sombrío, aquello que al inicio tenía solo una lógica de conveniencia adquiere otro tono. El mover la ubicación física de ciertos poderes del Estado es también, inconscientemente, alejar el poder de la gente en menor situación económica, entrega a la población una aclaración (y para los cínicos una demostración intencionada) de donde realmente se ubica el poder. Sería un hito que disminuiría el uso de un punto de encuentro entre personas de diferente situación económica, por lo que se aportaría a pronunciar una brecha entre “los poderosos y los no poderosos”, lo cual nunca es sano en una república democrática.

Me atrevo a decir que los conocidos de mi profesor, o al menos la gran mayoría, no tenían esto en mente al señalar que les gustaría que los lugares que deben visitar por trabajo se acercaran a sus hogares. Esa frase es evidencia de algo que tenemos todos, deseos que benefician a uno personalmente, los cuales uno incluso puede poner desde un ángulo positivo: “no solo me conviene, sino que a los demás, porque las sentencias se harían más rápido”. Ellos creen que es algo bueno, pues les beneficia a ellos y a aquellos que les rodean. El mal que crean es uno más abstracto, y, por lo tanto, invisible a los ojos de quien vive el día a día.

Manteniendo el ejemplo, lo que proponen los conocidos de mi profesor es algo solamente negativo para la gente que no vive cerca del Golf, pues les obliga a aumentar su esfuerzo para estar cerca de las instituciones poderosas. No es mucha la gente que alegraría el que el Poder Judicial se mueva de lugar. No sería ello en sí el inicio de una revolución, la gente se adaptaría, lo toleraría. Sin embargo, sería un aporte a aumentar la brecha, ya que aumentaría la separación de dos grupos de personas, lo cual de manera natural y discreta crea modos de vivir que, al no estar obligados a convivir, se diferencian entre sí en su visión de la realidad, y por lo tanto metas y comportamientos.

La mentalidad que toma decisiones basada en la satisfacción propia, que suele ser la satisfacción de aquellos que son similares a mí, pues se comparten necesidades, es una que se mantiene y toma decisiones futuras que aportan a separar la brecha entre la gente, pues cada grupo, al pensar en sí mismo, ignora la formación de otro grupo que también está pensando en sí, pero apuntando a otro lado, distanciándose, ya sea en cosas pequeñas como modismos, o en cosas grandes como cuáles son los valores fundamentales. Cuando la brecha (que no olvidemos, es también formada por el alejarnos del otro) es una muy grande, es mayor el nivel de esfuerzo necesario para entender la mentalidad de aquel que

está al otro lado, cada vez se vuelve más en “el otro”, cada vez es mayor la facilidad con la que se le puede alienar, pues sus comportamientos, que son la suma de decisiones, se ven incomprensibles si no me afectan, y malvadas si es que lo hacen. Como dije anteriormente, la gente no cree actuar basados en maldad al tomar decisiones que creen que les convienen, es más, actúan creyendo que es un bien, pues les conviene a aquellos con los que convive. En una situación así, una crítica es algo complicado, pues los presentes son parte de mundos distintos, debido a que desconocen al otro, motivo por el cual, en el mundo en que cada uno piensa en su propio beneficio, las decisiones del otro, debido al choque cultural, parecen o locuras o maldades. Esto se evidencia en casos extremos, como un turista oyendo de las costumbres de una tribu indígena milenaria, o un estudiante moderno oyendo las castas costumbres de las damas victorianas.

En Chile ha habido muchos años en que distintos sectores han estado en poco contacto, lo que ha generado que Chile sea, al mismo tiempo, países diferentes. Pese a que todos dicen apuntar al bien, como tenían versiones distintas de lo que esto es, ven en el actuar ajeno solo algo negativo. En situaciones como esta, de grandes brechas, de grupos claros, en que hay un “el otro” tan distinto a mí con el que estoy

obligado a convivir, un estallido de ira era algo inevitable, aunque imposible de predecir.

No solo se crea este problema, sino que su solución es complicada. Es casi imposible recibir una crítica a un comportamiento que uno tiene incorporado como bueno, pues en tal caso rechazar la crítica y de donde esta se origina es mucho más sencillo que replantear toda una forma de vida desde un ángulo que ha sido ajeno a la persona y a su grupo cercano. Los partícipes de esta discusión no solo no comparten el cómo avanzar, sino que en algunos casos no se comparte el a dónde se debe avanzar, lo que es crítico para una comunidad, su unión respecto a un fin.

He aquí lo que considero el punto clave, toda persona, al actuar, debe recordar el tomar en cuenta factores que la rutina y el estar inmerso solo en un ambiente le hacen olvidar. Vivimos el día a día pensando en nuestro interés inmediato, que es similar o igual al interés de aquellos parecidos a uno, esto no es reprochable, es algo normal que compartimos, la exigencia está en el dar un paso posterior, el pensar en lo ajeno, ya que, si no pensamos en lo ajeno, que siempre existirá, hacemos que este aumente, ya que en nuestras acciones de satisfacción propia crearemos repercusiones sin saber el mundo que estamos formando para aquellos distintos de nosotros.

Esto trasciende propuestas políticas, y trasciende responsabilidad de un cierto sector. Es un llamado general a una tarea constante y agotadora que es pensar las cosas desde un ángulo que sea distinto al que uno cae instintivamente. Pensar en cómo afecta lo que decido a aquellos distintos de mi requiere pensar en intereses de alguien que no entiendo de inmediato.

Hay algo que debo dejar en claro, aquello que anteriormente exprese, tal mentalidad ejemplificada en los deseos de algunos pocos miembros de un sector económico, es algo que a todos nos sucede en alguna medida. Un caso que demuestra esto es aquel en el que casi todos los humanos participamos: aumentar la brecha entre el ser humano y la Naturaleza. Poco a poco hemos tomado conciencia de esto, ¿cuántas son las noticias de especies en peligro de extinción? Documentales sobre la caza de ballenas, osos polares nadando sin encontrar un lugar de descanso. ¿Y que tanto ha disminuido nuestro consumo material? Debo admitir que al menos personalmente: poco, y a veces sólo por obligación de alguna ley o de algún familiar más ecologista.

Es esta mentalidad que señalo anteriormente la que nos invita a olvidar efectos callados de los que hacemos, nos

distrae de algo que momentáneamente volvemos a recordar:
Lo que hacemos importa mucho más de lo que creemos.

Corazón de chileno

Martín Lenck

Estudiante de Derecho UC, cuarto año

Pienso que el patriotismo es sentir orgullo por la nación y un sentimiento de pertenencia hacia el país, el cual es generado entre los mismos compatriotas. Siento que hoy más que nunca, ese patriotismo se ha perdido. Encuentro un gran valor en las manifestaciones donde se ha podido expresar el descontento general y la voz de una gran parte del pueblo que se sentía dejada atrás. La gente se dio cuenta del poder que pueden tener y de que, en una democracia, la decisión debe estar en el pueblo y que no se puede aceptar con ojos cerrados las decisiones adoptadas por el gobierno. Esto, con la intención de transformar a su país buscando justicia, pero lamentablemente, con ese sentimiento de vivir en un país que les ha fallado, se dio paso a la destrucción y violencia, generándose perjuicio entre los mismos ciudadanos.

Mirando hacia atrás, a aquellos momentos en que el pueblo si ha sentido orgullo y unión, podría mencionar los triunfos deportivos y aquellas catástrofes en la que nos vimos obligados a levantar el país, donde se ha mostrado la gran

fortaleza y solidaridad de los chilenos, nos sentimos identificados con el sufrimiento ajeno, y sentimos esos triunfos deportivos como propios. Pero luego de esos momentos, se vuelve a una rutina donde cada persona vuelve a su núcleo. Nos dimos cuenta que esos momentos no son suficientes. No justifico, pero si veo la explicación en gente que no cuida las cosas que no siente suyas. Pero ahí es cuando olvidamos el valor de una vida en comunidad, donde cada parte del sistema es fundamental para la vida de los ciudadanos. El país se encuentra dividido en diversos grupos, lo cual ha sido intensificado por las redes sociales y la prensa, generado por razones políticas y económicas. Esto ya lleva un largo tiempo y es el principal obstáculo que debemos superar, siendo este desafío tanto de los ciudadanos como de los políticos, por lo ocurrido en la década de los 70 y 80, cuyas heridas no se han logrado sanar y ha afectado a todas las generaciones, dificultando una verdadera unión.

Lo más importante será lograr superar esta división. El verdadero patriotismo está en buscar el desarrollo del país, preocupándose la seguridad y bienestar de todos los compatriotas. Sabemos que el principal problema actualmente es la desigualdad, pero yo no veo que el error esté en el modelo económico, y una nueva Constitución no solucionará todos los problemas. Debemos volver a confiar en

las instituciones, cuyo principal desafío será trabajar con honestidad y fomentar la participación ciudadana, velando por un interés transversal. Los ciudadanos tenemos que trabajar para reducir la desigualdad, tanto en el ámbito económico como en el educacional y de la salud y esto debe volverse un hábito y no quedar reservado para ciertas fechas u ocasiones. Debemos dejar atrás los prejuicios recordando que todos somos miembros del mismo país. Si logramos realizar esta difícil tarea podemos volver a sentirnos orgullosos de ser chilenos.

Cuotas de género: hacer visible lo invisible

Gabriel Campos Torrente

Estudiante de Derecho UC, cuarto año

El 24 de marzo de 2020 se promulgó la Ley N°21.216, que garantiza la paridad de género para el eventual proceso constituyente del mismo año. Dicho cuerpo legal responde a una realidad que en nuestro país es innegable: las mujeres son infrarrepresentadas en relación con sus pares hombres. La presencia femenina es mucho menor no solamente en la esfera profesional, sino también en el ámbito académico y político. La Facultad de Derecho UC no es la excepción: dentro de los 19 decanos que hemos tenido sólo una fue mujer¹, dentro de 67 presidentes del Centro de Alumnos solo dos², y dentro de un cuerpo docente de 319 personas, sólo 71; menos de un cuarto del total³. A nivel universitario, nunca se ha visto una Rectora⁴.

¹ Disponible en <http://derecho.uc.cl/es/nuestra-facultad/historia/decanos>.

² Disponible en <http://derecho.uc.cl/es/nuestra-facultad/centro-de-alumnos/presidentes-centro-de-alumnos>

³ Elaboración propia. Disponible en <http://derecho.uc.cl/es/profesores/nomina-alfabetica>

⁴ Disponible en https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Rectores_de_la_Pontificia_Universidad_Católica_de_Chile

Dejando de lado las causas culturales o estructurales que dan origen a esta desigualdad, es también un hecho que nuestra legislación, en particular durante los últimos 5 años, ha hecho considerables avances en materias de la mujer: la creación del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, la promulgación de la Ley N°21.212 de tipificación del femicidio, la promulgación de la Ley N°21.264 que suprime el impedimento de segundas nupcias, entre otros. Aun así, subyacen todavía muchas problemáticas en torno a la figura de la mujer, principalmente en el derecho de familia, la previsión social, el empleo, la violencia intrafamiliar, entre otros⁵. En materias de cuotas, existen actualmente alrededor de diez proyectos de ley que buscan consagrar porcentajes de género en cargos de representación⁶, directorios de sociedades anónimas y empresas estatales⁷, y organismos del Estado⁸. Todos estos en tramitación desde el año 2014.

La relevancia de la Ley N° 21.216 radica no solo en la importancia de la presencia femenina en un proceso

⁵ Destacan, por ejemplo, la posición privilegiada del marido como administrador y representante de la sociedad conyugal, artículos 135, 1749 y siguientes del Código Civil chileno. También las limitaciones en materia societaria, artículo 349 del Código de Comercio chileno. Ambas cosas que han intentado ser suplidas por disposiciones como el artículo 2° de la Ley 18.802 de 1989 y por la paulatina aplicación de tratados internacionales.

⁶ Así, por ejemplo, los Boletines N° 11.551-06 y N° 11.994-34, que buscan establecer cuotas de género respecto de candidaturas de concejales, alcaldes y gobernadores regionales.

⁷ Así, por ejemplo, los Boletines N° 9.554-07, N° 11.731-03, N° 12.091-03 y N° 12.702-34, que buscan establecer cuotas de género respecto a directorios de sociedades anónimas, empresas estatales, organismos de las FF.AA. y entidades de pesca artesanal.

⁸ Mención especial recibe el Boletín N° 11.389-07, que busca consagrar la paridad en la conformación del Tribunal Constitucional.

constituyente, que desde el derecho comparado demuestra ser beneficiosa para corregir invisibilidades históricas y económicas, contribuir a su empoderamiento general, consagrar la equidad e igualdad de trato, entre otros⁹. Responde también a la relevancia que han adquirido los escaños o cupos reservados como mecanismo de reivindicación. A nivel regional, se ha demostrado que la implementación de cuotas de género ha servido para acelerar la incorporación de mujeres a la esfera legislativa¹⁰, lo cual a su vez conlleva un mayor interés por la erradicación de la violencia doméstica, el mejoramiento de la salud reproductiva, la igualdad como valor constitucional, el pluralismo, y la modernización del derecho de familia¹¹. Todas cosas que en Chile son de gran importancia. Además, la implementación de cuotas de género a mediano o largo plazo no hace más que cumplir con prerrogativas de igualdad y equidad consagradas en nuestra Constitución¹² y en tratados internacionales ratificados por Chile¹³.

⁹ TAMARO, Nanaku y O'REILLY, Marie (2018): "A women's guide to constitution making", pp. 11-13. Disponible en <https://www.inclusivesecurity.org/wp-content/uploads/2018/02/Womens-Guide-to-Constitution-Making.pdf>. También SUTEU, Silvia y DRAJI, Ibrahim (2015): "ABC for a Gender Sensitive Constitution", pp. 16-19. Disponible en <https://www.efi-ife.org/sites/default/files/ABC%20for%20a%20Gender%20Sensitive%20Constitution.pdf>.

¹⁰ RÍOS, Marcela y VILLAR, Andrés (2006): "Cuotas de género: democracia y representación", pp. 39-44. Disponible en <http://www.flacsochile.org/wp-content/uploads/2015/05/Cuotas-de-Género-Democracia-y-Representación.pdf>.

¹¹ Valenzuela, Cecilia y Zúñiga, Alejandra (2014): "Leyes de cuotas electorales, Constitución y democracia", *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. 27 no. 1, p. 208

¹² Así, por ejemplo, los artículos 1º incisos primero y cuarto, y 19 N°2 inciso primero.

¹³ Así, por ejemplo, los artículos 1º letras b) y e), 5º letra a) y 7º de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Si tomamos en cuenta que las constituciones son los máximos documentos legales de cualquier nación, la incorporación de grupos históricamente marginados parece ser una necesidad más que evidente en un proceso constituyente. De ahí que los mecanismos de compensación representativa se discuten también respecto de pueblos originarios e incluso respecto de niños, niñas y adolescentes. Independiente del resultado del plebiscito de octubre, es de esperar que la actividad legislativa continúe buscando la participación de un grupo humano que compone casi la mitad de nuestra población. Si bien se ha argumentado que la implementación de cuotas de género atenta contra valores fundamentales como la libre elección del voto o la meritocracia como componente democrático de una votación, la experiencia comparada –en particular a nivel regional– ha demostrado que la participación acelerada de la mujer en ámbitos políticos constituye un bien jurídico más beneficioso, tanto a nivel individual como colectivo. Lo cual, a su vez, podría y debería replicarse en el ámbito académico y laboral. Esperemos que esto, junto con una progresiva reflexión del peso que tienen las mujeres en la sociedad, signifique que en un futuro nuestras profesoras y académicas logren alcanzar una posición de prestigio en rankings nacionales e

internacionales, sin necesidad de tratos especiales o mecanismos de compensación.

Derecho al olvido digital: sobre la necesidad de su consagración explícita en el ordenamiento jurídico chileno

Victoria Subiabre Chiong

Estudiante Derecho UC, tercer año

“Dios perdona y olvida, pero la web, nunca”. De esta forma, la política Viviane Reding expresa uno de los múltiples dilemas que ha suscitado el explosivo desarrollo de las tecnologías de la información: la presencia de nuestros datos personales de forma permanente en la web. A diferencia de los recuerdos mantenidos en la memoria humana, el contenido digital no caduca por sí mismo, sino que es susceptible de estar a libre disposición de terceros, incluso de manera infinita. Nuestro ordenamiento jurídico, si bien contempla el olvido como la base de importantes instituciones como la prescripción, la caducidad o la amnistía¹, lo regula escasa y precariamente en relación con el mundo virtual.

En tal contexto, la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como internacional se han referido al denominado

¹ REUSSER (2018) p. 82.

derecho al olvido, que pretende solucionar, al menos en parte, este problema. Desde el análisis constitucional, ello se traduce en la vulneración constante del derecho fundamental a la vida privada, consagrado en el artículo 19 N° 4 de nuestra Carta Magna. Actualmente este reclama por nuevas formas de protección, al ser uno de los derechos más transgredidos por la irrupción violenta del internet en la cotidianeidad. Ello, porque si bien esta herramienta ha favorecido la libertad de información que es ciertamente “la piedra angular de una sociedad democrática”² mediante la difusión gratuita y eficiente de datos personales, es asimismo capaz de dañar a su titular no solo en el mundo digital, sino que principalmente en la realidad en que se desenvuelve. Cabe por ello realizar una adecuada ponderación entre dichos derechos fundamentales, entendiendo los límites a los que ambos están afectos.

El derecho al olvido se propone como una solución novedosa ante la colisión de los derechos antes mencionados, al menos desde el análisis doctrinario. Por su parte, la Corte Suprema lo reconoció por primera vez de forma expresa en la sentencia del año 2016 referente al *caso Spiniak*³, lo cual denota su trascendencia más allá de lo teórico. No obstante, es innegable que el contenido del derecho al olvido es aún impreciso, e inclusive “su nombre a muchos les genera

² OLMEDO BUSTOS Y OTROS VS. CHILE (2001), considerando 68°.

³ GRAZAIANI LE-FORT ADLO CONTRA EMPRESA EL MERCURIO S.A.P (2016).

incomodidad”⁴, como se planteó en el análisis de la Ley 19.628 realizado por la Cámara de Diputados.

En el marco de la sociedad hiperconectada en la que vivimos, consideramos una necesidad urgente de las nuevas generaciones hacerse cargo de este dilema y debatir sobre la necesidad real de consagrar este derecho de manera explícita en nuestro ordenamiento jurídico. Si bien actualmente la ley 19.628 establece cierto nivel de protección a la vida privada de las personas en el ámbito digital, su efectividad es cuestionable ante la amplitud de internet y las tecnologías de la información, que a la fecha de la promulgación de la norma no contaban con tan amplio desarrollo⁵. En virtud de este escenario, ingresó al Congreso en el año 2016 una moción parlamentaria para actualizar la ley al reconocer expresamente el derecho al olvido, mas su contenido ha sido ampliamente criticado por la doctrina⁶. A la fecha, este proyecto se encuentra aún en su primer trámite constitucional.

Luego, ¿es necesaria la consagración expresa del derecho al olvido en nuestro ordenamiento jurídico? El presente ensayo propone dilucidar si la normativa vigente requiere ser modificada a cabalidad o si, por el contrario, el derecho al olvido se manifiesta como “una respuesta típica ante colisiones

⁴ CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE (2016b) p. 55.

⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE (2016a) p.1.

⁶ Por ejemplo, por el profesor Hernán Corral en su documento “El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica”.

de derechos fundamentales”⁷. Sostenemos que sí, en virtud de las carencias de la actual Ley 19.628. Para demostrar esta tesis, se precisará inicialmente el concepto de “derecho al olvido digital”, para luego proceder a realizar un análisis de ambas posturas presentes en el debate a la luz de la doctrina y la jurisprudencia.

Alcances del derecho al olvido digital

Múltiples definiciones ha dado la doctrina y la jurisprudencia sobre el concepto de derecho al olvido⁸. Nos parece la más acertada la entregada por la Asesoría Técnica Parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional, que lo ha definido como “la facultad irrenunciable del titular de datos de solicitar el bloqueo, supresión o eliminación de toda información relativa a su persona, cuya publicación es extemporánea, no veraz o la perjudica”⁹. A partir de esta definición, una primera consideración importante sobre el derecho al olvido es que solo procede en cuanto la información publicada contenga datos personales que pudiesen perjudicar a su titular¹⁰, y no en contra de cualquier contenido público. La finalidad de ello es tutelar la

⁷ LETURIA (2016) p. 92.

⁸ Por ejemplo, aquellas dadas por los siguientes autores: Román y Delgado en su documento “Justiciabilidad del derecho al olvido en Chile: una propuesta a partir de la Corte Suprema en casos sobre informaciones relacionadas con procesos penales”, Reusser en su libro “Derecho al olvido. La protección de datos personales como límite a las libertades informativas” y Corral en su libro “El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica”.

⁹ CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE (2016b) p. 56.

¹⁰ CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE (2016b) p. 58.

libertad de información de terceros, para que su derecho no se vea limitado arbitrariamente.

Asimismo, se ha planteado con bastante aceptación por parte de la doctrina que el transcurso del tiempo desde la difusión de los hechos forma parte de la esencia del derecho al olvido. Su ejercicio debe realizarse con respecto a una información que contenga datos personales y cuya publicidad era lícita al momento de la publicación, pero que, “dado el transcurso del tiempo, vuelve al área de la privacidad o reserva”¹¹. Ello, porque el interés público que justificaba la publicación de esa información “no es eterno e incombustible, sino que decae o se extingue con el paso del tiempo”¹². Esto genera que el fundamento de difusión de una noticia, antes lícito, se vuelve ilícito, dado que su publicidad actual es capaz de generar más perjuicios para su titular que beneficios para la sociedad¹³.

En tal orden de ideas, el derecho al olvido no requiere ser predicado exclusivamente del mundo digital. Bien es cierto que suele asociarse comúnmente con lo virtual, mas tal como lo señala el profesor Hernán Corral, dicho derecho posee diferentes modalidades de aplicación.

¹¹ LETURIA (2016) p. 97.

¹² REUSSER (2018) p. 165.

¹³ LETURIA (2016) p. 96.

Primeramente, el derecho al olvido se puede invocar en contra de medios de prensa para prohibir la publicación reiterada de una noticia en formato de papel. En segundo lugar, el llamado “derecho al olvido informático” se configura como aquel que faculta a su titular para eliminar cierta información relativa a su persona de una base de datos. Por último, aquella modalidad que ha tenido mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial es el “derecho al olvido digital”, que otorga al titular el derecho de solicitar la supresión de una información presente en internet. La plataforma en donde el contenido es susceptible de ser retirado es un tema controvertido actualmente, pero tal como postula el profesor Corral, el legitimado pasivo de este derecho –en contra de quién se puede dirigir la acción– puede ser el titular o administrador de la fuente directa de datos que los sostiene, como por ejemplo, un blog, una página web o una red social, o un motor de búsqueda, como Google, Ecosia o Safari¹⁴. Es precisamente esta última forma de ejecución del derecho al olvido sobre la que versa el presente ensayo.

Al vincularse el derecho al olvido digital directa y exclusivamente con el mundo del internet, requiere de un cuerpo normativo especial que regule su alcance y modo de aplicación, que por su misma naturaleza distará ampliamente del derecho al

¹⁴ CORRAL (2017) p. 14.

olvido que opera fuera de la World Wide Web¹⁵. Así, por ejemplo, el interés público presente en las noticias publicadas en formato digital decae muchísimo más rápido que aquellas sostenidas por otras plataformas debido a la inmediatez propia de las comunicaciones vía internet.

¿Es necesaria la consagración explícita del derecho al olvido en nuestro ordenamiento jurídico?

El olvido como fundamento en el mundo virtual aparece como necesario y pertinente de forma unánime en la doctrina, dado que él permite la protección de varios de los derechos fundamentales de las personas, como el derecho a la vida privada, el libre desarrollo de la personalidad o inclusive el derecho a la autodeterminación informativa. Sin embargo, actualmente existe debate sobre la necesidad real de su consagración explícita en la ley. Se distinguen en relación a ello dos posturas contradictorias, que serán analizadas a continuación.

De acuerdo a una de las posturas, el derecho al olvido "(...) no es un derecho ni una categoría jurídica, sino el nombre mediático que los periodistas y los usuarios en internet han dado al derecho de cancelación de datos personales (...)"¹⁶, que ya

¹⁵ Ibidem p. 6.

¹⁶ REUSSER (2018) p. 166.

está contemplado sustancialmente en la Ley 19.628. Sus artículos 6 y 12 funcionan como herramienta suficiente para la resolución de conflictos concretos por parte de los jueces, por lo que no se requiere de consagración expresa del derecho al olvido¹⁷.

El fundamento último de ello radica en que ambos artículos recogen los denominados “derechos ARCO”, que en materia de protección de datos personales se refiere a los derechos de acceso, de rectificación, de cancelación y de oposición¹⁸. El derecho al olvido digital se forma esencialmente a partir del derecho de cancelación o eliminación, según el alcance conceptual que se ha descrito anteriormente en este ensayo. Este se configura, así, como una mera construcción doctrinaria, manifestación de derechos tradicionales ya recogidos por el ordenamiento jurídico¹⁹.

Los artículos 6 inciso primero y el 12 inciso tercero de la mencionada norma recogerían expresamente el derecho de cancelación, mediante los verbos rectores “eliminar” y “cancelar”. Este derecho es definido por Carlos Reusser como aquel que “otorga la facultad de pedir la eliminación o supresión de los datos de carácter personal que pudieran resultar innecesarios o excesivos, o cuya tenencia carezca del fundamento legal que justifique su utilización (...)”²⁰. Ello se

¹⁷ LETURIA (2016) p. 92.

¹⁸ ZÁRATE (2013) p. 4.

¹⁹ CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE (2016b) p. 60.

²⁰ REUSSER (2018) p. 95.

realiza con el fin de impedir un menoscabo a la vida privada del afectado, mediante la publicidad excesiva de un dato de carácter personal, por lo que la supresión no procede en contra de “instituciones que taxativamente se señalan para la única causal descrita”²¹, como por ejemplo, órganos de la Administración o tribunales de justicia, cuando requieran de una determinada información para cumplir con sus labores propias.

Ambos artículos recogen, asimismo, la idea fundamental de la decadencia del interés público para justificar el derecho a la cancelación de datos personales con la expresión “*cuando estuvieren caducos*”. Se podría suprimir una determinada información cuando el paso del tiempo justifique la inutilidad de su publicidad. Por ende, la esencia del derecho al olvido digital ya estaría recogida expresamente en esta norma, lo que justifica la redundancia de cualquier explicitación posterior.

Un segundo argumento de esta misma postura se fundamenta desde un análisis constitucional. En este aspecto, el derecho al olvido carecería de argumentos para ser recogido expresamente por nuestro ordenamiento jurídico toda vez se presenta como “una respuesta típica ante colisiones de derechos fundamentales”²². En todos los casos en que se invoca el derecho al olvido, el juez puede valerse de la técnica de la ponderación o *balancing test*, según la denominación de Serna y

²¹ ANGUITA (2007) p. 55.

²² LETURIA (2016) p. 92.

Toller²³, para solucionar el conflicto existente entre el derecho a la vida privada y la libertad de información, consagrados en los numerales 4 y 12 del artículo 19 de la Constitución, respectivamente.

Este mecanismo de solución de conflictos entre derechos fundamentales consiste en “sopesar los derechos o bienes jurídicos en conflicto con las especiales circunstancias concretas que definen el caso que se intenta resolver, a fin de determinar cuál derecho “pesa” más en ese caso concreto, y cual debe quedar desplazado”²⁴. Ambos derechos, si bien en abstracto poseen el mismo rango, en lo concreto debe uno ceder a favor del otro. Es una condición fundamental del balance que el derecho sacrificado solo puede ser limitado, mas no restringido hasta desaparecer²⁵.

En este orden de ideas, es ilustrativa la sentencia rol 65341-2016 de la Corte Suprema. El recurrente, un funcionario de la Policía de Investigaciones, interpone un recurso de apelación en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago que rechazó su recurso de protección. Este había sido interpuesto a propósito de una nota periodística proporcionada por la empresa COPESA y publicada en la página web de La Tercera sobre un procedimiento judicial en donde se le imputa

²³ SERNA Y TOLLER (2000) p. 13.

²⁴ CASTILLO (2005) p. 7.

²⁵ Ibidem p. 8.

como autor de delito informático, cargo del que después fue absuelto. Sin embargo, la página web no actualizó dicha información. Ante el rechazo de su recurso, el recurrente invoca el derecho al olvido digital ante la Corte Suprema, que sentenció en el considerando quinto de la mencionada sentencia que este “no está consagrado en nuestra legislación, por lo que, para resolver la controversia de autos debe dirimirse el conflicto que se presenta entre los derechos a la honra y a la vida privada y la libertad de expresión”²⁶.

La Corte Suprema se vale, en consecuencia, de la técnica de la ponderación. Finalmente resuelve revocar la sentencia dictada en primera instancia, y privilegia así el derecho a la vida privada. Ello, porque habían transcurrido ya 10 años desde la publicación de la noticia, lo que hace que el interés público haya decaído notoriamente. No obstante, no vulnera la libertad de información, toda vez que ordena a la página web publicar el texto íntegro de la sentencia absolutoria.

Es interesante la forma en que el tribunal resuelve, dado que si bien un conflicto entre ambos derechos fundamentales pareciera irreconciliable en abstracto, no lo es en concreto dadas las circunstancias que rodean los hechos, como el tiempo transcurrido desde la difusión de la noticia o la calidad de funcionario público del recurrente. Bajo esta perspectiva, el

²⁶ COVARRUBIAS LLANTEN MARIO CON COPESA S.A. (2017).

derecho al olvido no requiere de mayor regulación, ya que basta que los magistrados resuelvan en base a la normativa vigente y la ponderación de los derechos en colisión.

Por el contrario, una segunda postura sostiene que el derecho al olvido debe ser consagrado explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico, al ser los mencionados artículos de la Ley 19.628 insuficientes para suplir las necesidades de los usuarios cuyos derechos fundamentales se ven vulnerados. En lo principal, ello se sustenta en la estrechez conceptual del legitimado pasivo contra el que procede el derecho a la cancelación, contemplado en el último inciso del artículo 6 e inciso primero del artículo 12: *el responsable del registro o banco de datos*. Ello es definido en el literal n) del artículo 2 de la misma ley como “la persona natural o jurídica privada, o el respectivo organismo público, a quien compete las decisiones relacionadas con el tratamiento de los datos de carácter personal.”

En estricto rigor, esta definición no incluiría a los motores de búsqueda tipo Google, dado que “no son responsables del contenido de las noticias, sino meros intermediarios”²⁷. La misma interpretación es sostenida por la Corte de Apelaciones de Santiago en el considerando séptimo de la sentencia rol 88729-2016, toda vez que “para descartar igualmente el actuar

²⁷ CORRAL (2017) p. 16.

antijurídico que se le imputa a Google, basta considerar que la actividad de ésta no se enmarca en el ámbito de protección de la Ley N°19.628²⁸.

En general, los motores de búsqueda se encargan de indexar una fuente de información, para que luego aparezca como resultado de búsqueda accesible rápida y fácilmente. Ello determina, en gran medida, el grado de divulgación que tenga un contenido, dado que los sitios pueden ser consultados por cualquier internauta²⁹.

De no proceder el derecho al olvido digital en contra de los motores de búsqueda, el derecho a la vida privada es protegido solo aparentemente. Ello, porque si bien puede eliminarse el contenido dañino de una fuente directa de información, nada obsta a que el mismo sea reproducido simultáneamente por otras plataformas en línea, cuyo acceso es facilitado por los motores de búsqueda³⁰. Por el contrario, si la información solo es sostenida por una única fuente y no posee respaldo en papel, de invocar el derecho al olvido contra ella la noticia desaparecerá definitivamente³¹, por lo que se vulnera, además, la libertad de información.

La normativa vigente debe ser modificada para incluir como legitimados pasivos del derecho al olvido digital ambos

²⁸ MILLALONCO DIAZ JUAN CON GOOGLE INC. Y COMERCIAL THE CLINIC S.A (2016).

²⁹ ROMÁN Y DELGADO (2018) p. 524-525.

³⁰ CORRAL (2017) p. 6-7.

³¹ Ibidem p. 16.

agentes, es decir, tanto a la fuente directa de información, como a los motores de búsqueda. No basta con la mera consagración del derecho a la cancelación, dada la amplitud de este en contraste con la especificidad del derecho al olvido digital.

Otro argumento a favor de esta postura se encuentra en los derechos fundamentales que busca proteger el derecho al olvido. No pretende proteger exclusivamente el derecho a la vida privada, como postulan quienes son contrarios a su consagración expresa, sino que también otros derechos no reconocidos de forma explícita por nuestra Carta Magna.

De ser el derecho al olvido digital la mera manifestación en el mundo virtual del derecho a la vida privada no requeriría de mayor tutela a nivel legal, dado que este derecho está amparado por el número 4º del artículo 19 de nuestra Constitución y de forma extensa por la Ley 19.628. El problema se suscita cuando se considera este una expresión de derechos construidos doctrinaria y jurisprudencialmente, como lo son el derecho al libre desarrollo de la personalidad y su manifestación en el mundo digital, el denominado derecho a la autodeterminación informativa³². Debido a esto, se necesita de una explicitación en la ley del derecho al olvido para acotar el

³² CASTELLANO (2012) p. 119.

alcance y límites de dichos derechos y por ende, para asegurar su efectividad.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, según lo postula Simón Castellano, entrega la facultad a toda persona de “determinar libremente su vida —presente y futura— de manera consciente y responsable, y a obtener el correspondiente respeto por parte de los demás (...)”³³ que implica la posibilidad del individuo de “decidir libremente su proyecto vital, así como la posibilidad de alterarlo, modificarlo e innovarlo tantas veces como quiera (...).³⁴” Una protección eficaz de este derecho se encuentra en la figura del olvido, por cuanto garantiza que la persona pueda desenvolverse sin impedimentos impuestos por la sociedad, que tiende a hacer juicios de valor en base a los antecedentes públicos de una persona.

La consagración expresa del derecho al olvido es justificada, luego, en el ámbito del derecho sancionador, por el objetivo resocializador de la pena, ya que una vez la condena ha sido debidamente cumplida, la publicidad de los hechos delictuales actúa de forma perjudicial para el “desarrollo futuro de quienes se han equivocado”³⁵, resultando en una forma clara de *criminalización secundaria*, en donde la sanción ya no es impuesta por el Estado, sino por la sociedad toda.

³³ Ibidem p. 117.

³⁴ Ibidem p. 118.

³⁵ LETURIA (2016) p. 100.

En su forma digital, el derecho al libre desarrollo de la personalidad toma la forma del derecho a la autodeterminación informativa, que implica “controlar los datos que circulan en internet sobre cada uno de nosotros”³⁶, para así “poder decir cuáles pueden ser tratados y consultados por ojos extraños”³⁷. Sobre todo en la sociedad hiperconectada en la que vivimos, ambos derechos se vinculan estrechamente, dado que el contenido presente en internet es capaz de traspasar las barreras de lo digital, por lo que el libre desarrollo de la personalidad requiere necesariamente de la carencia de obstáculos en la esfera de lo virtual.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la autodeterminación informativa son, según lo sostenido por el Tribunal Constitucional en la sentencia rol N°1894-2011, una expresión de la dignidad humana consagrada en el artículo 1 de nuestra Carta Magna³⁸. Una interpretación tal acarrea problemas, porque como lo señala el profesor Ignacio Covarrubias “(...) la jurisprudencia ha tratado la dignidad de modo tan diverso que en ocasiones cumple funciones contrapuestas entre sí”³⁹, por lo que sostener ambos derechos únicamente en este valor puede generar un gran grado de

³⁶ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE SANCIONA EL ACOSO SEXUAL DE MENORES, LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y LA POSESIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO (2011), Rol N°1894-2011.

³⁷ CASTELLANO (2012) p. 120.

³⁸ CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE SANCIONA EL ACOSO SEXUAL DE MENORES, LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y LA POSESIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO (2011), Rol N°1894-2011.

³⁹ COVARRUBIAS (2014) p. 147.

dispersión interpretativa⁴⁰. La consagración expresa del derecho al olvido aparece como una solución ante este conflicto, que permitiría proteger más eficaz e íntegramente los derechos antes mencionados, sin dejar un gran margen de discrecionalidad al juez.

Conclusión

El presente ensayo analizó la necesidad de la consagración explícita del derecho al olvido digital en el ordenamiento jurídico chileno. Para ello, se acotó el contenido y alcance de este derecho, para luego desarrollar ambas posturas presentes en el debate. Por un lado, parte de la doctrina postula que el derecho al olvido no es más que una manifestación actualizada del derecho a la cancelación a que se refieren los artículos 6 y 12 de la Ley 19.628. Asimismo, el derecho al olvido se propone como una solución tradicional ante la colisión entre el derecho a la vida privada y la libertad de información, conflicto que puede ser solucionado casuísticamente por los magistrados en virtud del *balancing test*. Por otro lado, quienes postulan la necesidad de la consagración explícita del derecho al olvido argumentan la insuficiencia de la mencionada ley para tutelar efectivamente los derechos de las personas. Ello, porque el legitimado pasivo que contempla no incluye a los motores de búsqueda, lo cual

⁴⁰ CORRAL (2017) p. 13.

acarrea la vulneración eventual del derecho a la vida privada y la libertad de información. Además, se sostiene que el derecho al olvido es una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación informativa, que por no poseer consagración expresa y ser derivados de la dignidad humana durante la labor interpretativa, son habitualmente vulnerados. Ambas tesis han encontrado sustento jurisprudencial.

Concordamos con la segunda postura. El derecho al olvido digital debe entenderse hoy como una necesidad imperante ante las nuevas formas de actuación en el mundo virtual, que al ser de corta data y de escasa regulación, se presenta como el nicho perfecto para la creación de nuevas formas, antes desconocidas, de vulneraciones sistemáticas de derechos fundamentales. Consagrar explícitamente el derecho en cuestión logra no sólo actualizar nuestra legislación conforme a la realidad actual, sino que principalmente tutelar los derechos fundamentales de las personas con mayor eficacia y firmeza, ya que ello permite "(...) reducir y ordenar el debate, establecer criterios claros y objetivos, realzar ciertos objetos de protección"⁴¹. Se evita por ello la excesiva discrecionalidad de los jueces, quienes "han rechazado la mayoría de los casos de derecho al olvido, fundándose -muchas veces- en razonamientos manifiestamente erróneos e injustos"⁴².

⁴¹ LETURIA (2016) p. 92.

⁴² ROMÁN Y DELGADO (2018) p. 496.

Creemos que el debate, más allá de centrarse en determinar de qué derecho emana el derecho al olvido, debe enfocarse principalmente en comprender que él implica una mixtura de derechos, consagrados explícitamente o no, y que deben urgentemente poseer mayor tutela jurídica ante el inmenso desarrollo de las tecnologías de la información. De lo contrario, quien vea vulnerado sus derechos fundamentales por tales medios carecerá de la certeza jurídica necesaria y se encontrará inevitablemente desprotegido.

Bibliografía citada

ANGUITA, PEDRO (2007): *La protección de datos personales y el derecho a la vida privada* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).

CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE (2016a): "Proyecto de ley que modifica la ley N°19.628, sobre Protección de la Vida Privada, para efectos de garantizar, al titular de los datos personales, el derecho al olvido. Boletín N°10608-07". Disponible en: <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmlD=10827&prmTIPO=INICIATIVA>. Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2016.

CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE (2016b): "Evaluación de la Ley N°19.628, protección de la vida privada". Disponible en: http://www.evaluaciondelaley.cl/foro_ciudadano/site/artic/20151228/asocfile/20151228124429/informe_final_ley_19628_con_portada.pdf. Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2019.

CASTELLANO, SIMÓN (2012): *El régimen constitucional del derecho al olvido digital* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, primera edición).

CASTILLO, LUIS (2005): "¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?", *Revista mexicana de Derecho Constitucional*, N°12: pp. 1-25.

CORRAL, HERNÁN (2017): "El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica", *Revista Jurídica Digital UANDES*, N°1: pp. 43-66.

COVARRUBIAS, IGNACIO (2014): “¿Puede la dignidad humana ser un principio comúnmente compartido en materia de adjudicación constitucional?”, *Revista Actualidad Jurídica*, N°29: pp. 147-165.

LETURIA, FRANCISCO (2016): “Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, N°1: pp. 91 - 113.

REUSSER, CARLOS (2018): *Derecho al olvido. La protección de datos personales como límite a las libertades informativas* (Santiago, Ediciones Der Limitada, primera edición).

ROMÁN, PAULO Y DELGADO, GUSTAVO (2018): “Justiciabilidad del derecho al olvido en Chile: una propuesta a partir de la Corte Suprema en casos sobre informaciones relacionadas con procesos penales” en *Justicia Penal Pública y medios de comunicación* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch) pp. 495-531.

SERNA, PEDRO Y TOLLER, FERNANDO (2000): *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos* (Buenos Aires, Ediciones La Ley, segunda edición)

ZÁRATE, SEBASTIÁN (2013): “La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa”, *Revista Derecom*, N°13: pp. 1-10.

Normas citadas

LEY N°19.628 (12/02/2012), sobre protección de la vida privada.

Jurisprudencia citada

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY QUE SANCIONA EL ACOSO SEXUAL DE MENORES, LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y LA POSESIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO (2011): Tribunal Constitucional Chileno, Rol N°1894-2011, 12 de julio de 2012.

COVARRUBIAS LLANTEN MARIO CON COPESA S.A. (2017): Corte Suprema, 24 de julio de 2017 (recurso de apelación interpuesto en causa de protección de la Corte de Apelaciones de Santiago), en www.pjud.cl, Sentencia Rol N°65341 - 2016, 21 de septiembre de 2019.

GRAZAIANI LE-FORT ADLO CONTRA EMPRESA EL MERCURIO S.A.P, "CASO SPINIAK" (2016): Corte Suprema, 21 de enero de 2016 (recurso de apelación interpuesto en causa de protección de la Corte de Apelaciones de Santiago), en www.pjud.cl, Sentencia Rol N°22243-2015, 16 de septiembre de 2019.

MILLALONCO DIAZ JUAN CON GOOGLE INC. Y COMERCIAL THE CLINIC S.A (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de octubre de 2016 (recurso de protección), en www.pjud.cl, Sentencia Rol N°88729-2016, 20 de septiembre de 2019.

OLMEDO BUSTOS Y OTROS CON CHILE, "LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO" (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos (5 de febrero de 2001), en MicroJuris, Código de búsqueda RDJ6519, Fecha de consulta 13 de septiembre de 2019.

Cultura y Presupuesto del Sector Público 2021

Catalina Rojas Cueva

Estudiante Derecho UC, cuarto año

La Ley de Presupuesto 2021 debe ser ingresada a la Cámara de Diputados para su tramitación a más tardar el 30 de septiembre. La distribución del erario se ha realizado considerando las proyecciones de crecimiento, las que de acuerdo al Banco Central, se contraerán ya que se estima que el Producto Interno Bruto (PIB) disminuirá entre -4,5 y -5,5%; el aumento del desempleo, el que, según el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), en el trimestre mayo-julio de 2020, alcanzó 13,1%; y el incremento de los gastos públicos para el financiamiento de planes y programas relacionados a las repercusiones de la emergencia sanitaria referida a la pandemia de COVID-19.

Se ha planteado por el ejecutivo la elaboración de un “presupuesto base cero” con el objetivo de que los recursos se destinen a la reactivación económica priorizando aquellos

ítems que impliquen mayor eficiencia. Esta estrategia ha sido criticada por los recortes en planes sociales y la invisibilización de determinados sectores que podrían ocasionarse. Al respecto, uno de los sectores más afectados corresponde al de las artes y cultura. En conformidad a los resultados obtenidos por el Monitoreo Nacional de Trabajadores de la Cultura realizado por el Observatorio de Políticas Culturales (OPC), el 81% de los encuestados señaló una disminución o cese absoluto de su actividad. Lo anterior se manifiesta en el cierre de cines, teatros, librerías, ferias artesanales, galerías y centros culturales.

A propósito de la preparación del texto del proyecto de ley de presupuesto del sector público para su ingreso al Congreso Nacional, surgió en redes sociales con el *hashtag* de #1CientoParaCultura un llamado para que se aumentara el porcentaje asignado para el sector de las artes y cultura, el que actualmente es de un 0,37% del presupuesto. El sector se encuentra en una crisis que ha afectado considerablemente a los agentes culturales respecto de ayudas y beneficios gubernamentales. Según el monitoreo del OPC, si bien se registra acceso a medidas como la devolución anticipada de impuestos y cajas de alimentos, la mayoría de los encuestados señala que no ha recibido algún tipo de ayuda por el gobierno.

Por otra parte, en relación a las actividades culturales, el gobierno ha propuesto el Programa de Apoyo a las Organizaciones Culturales Colaboradoras (PAOCC), el que está orientado a aquellas organizaciones que han debido suspender sus actividades o cerrar sus espacios. Dicho programa consiste en una convocatoria concursable que solo beneficiaría a un grupo reducido de instituciones. No se trata de una medida focalizada y de impacto que aborde las necesidades del sector, que contribuya a mitigar las repercusiones de la crisis y que considere a todos los involucrados.

En cifras del Plan Nacional de Fomento a la Economía Creativa, en 2017 la industria creativa cuantificó 2,2% del PIB. Entre las iniciativas que componen esta industria destacaron los conciertos, las plataformas digitales, las distribuidoras digitales (*streaming*) y las agencias de *booking* (estudios de grabación). Estas iniciativas significan en la actualidad, en tiempos de pandemia, oportunidades para su diversificación y crecimiento, pues las modalidades remotas han implicado una reinvención y adaptación en muchos ámbitos que han favorecido la continuación de las actividades económicas.

Las artes y la cultura han sido imprescindibles para sobrellevar los efectos del aislamiento. Durante la cuarentena se ha evidenciado la importancia que poseen para el

desarrollo del ser humano. Es necesario que en la reactivación de las actividades las artes y la cultura sean impulsadas adecuadamente, pues merecen soluciones reales, factibles e inmediatas. Este sector presenta gran potencial por lo que la implementación de planes y la asignación de recursos debe pretender promover y fomentar su desarrollo. Es un deber y una responsabilidad el hacerse cargo de un sector que se ha caracterizado por su precarización y postergación.

La obligación de recibir el pago en dinero en los actos de consumo.

Comentario a una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia

Felipe Bravo Alliende

Profesor de Derecho Económico UC

De acuerdo con distintos cuerpos normativos – en especial, la Ley Nº 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores – los precios deben ser informados en la moneda de curso legal en Chile. El Decreto Ley Nº 1.123, de 1975, establece en su artículo 1º que la unidad monetaria de Chile es el peso; asimismo, obliga en su artículo 4º que todos los actos y contratos que impliquen el empleo de dinero, sean públicos o privados, se expresen en dicha moneda. El artículo 31 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central señala, en lo pertinente, que “[l]os billetes y monedas emitidos por el Banco serán los únicos medios de pago con poder liberatorio y de circulación ilimitada; tendrán curso legal en todo el territorio de la República y serán recibidos por su valor nominal.”

Conforme con la interpretación administrativa del Servicio Nacional del Consumidor, esta obligación de informar el precio en pesos es aplicable a los proveedores aun cuando sean extranjeros, si su sede principal se encuentra fuera del país, o si la única forma en que ofrecen sus productos es a través de medios electrónicos o a distancia.¹ Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago considera que la infracción a este deber por parte de una línea aérea constituye, incluso, publicidad engañosa.²

El deber de informar el precio en pesos se cumple si el proveedor informa el precio en unidades de fomento, que es una unidad de reajuste autorizada por el Banco Central de acuerdo con el artículo 35 N° 9 de su Ley Orgánica Constitucional. Sin embargo, resulta necesario informar adecuadamente de esta situación para que sea comprensible por el consumidor.

De la lectura del artículo 31 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central y del Decreto Ley N° 1.123, de 1975, se concluye necesariamente que los proveedores deben aceptar el pago del precio en los billetes y monedas de curso legal emitidos por la autoridad. Resulta por ende una infracción al artículo 13 de la LPC - negativa injustificada de venta - que se limite la venta de un producto o prestación de un servicio al pago con tarjeta de

¹ SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2019), p. 12

² NO CONSIGNA CON LAN AIRLINES S.A. (2013), considerando séptimo

débito, crédito, u otro medio de pago distinto a las monedas o billetes del país.

Este fue el correcto razonamiento de una sentencia reciente de la Corte de Apelaciones de Valdivia en este sentido, recaída en una acción de protección del artículo 20 de la Constitución³. Una persona, jubilada, interpone dicha acción contra Telefónica del Sur, por haber concurrido a sus oficinas con el objeto de pagar la cuenta de sus servicios de telecomunicaciones en la ciudad de Valdivia. Sin embargo, la proveedora le indicó que no era posible el pago con dinero en efectivo, sino que solo a través de tarjetas bancarias, sean éstas de crédito o débito. El recurrente alega como vulnerados el artículo 1568 del Código Civil y artículo 3º, inciso primero, letra c) de la Ley N° 19.496, así como el Decreto Ley N° 1123 de 1975. El recurrido consideró como justificada la negativa de recibir dinero en efectivo, fundándose en los riesgos para la seguridad del establecimiento que se originan por el manejo de monedas y billetes luego de las manifestaciones sufridas en el país luego de octubre de 2019, donde la sucursal de la proveedora recibió ataques y daños.

La Corte de Apelaciones de Valdivia, finalmente, declaró como arbitrario e ilegal que un establecimiento de comercio solo permitiera el pago de una cuenta de servicios con tarjetas bancarias. Lo anterior, fundado en dos argumentos que

³ *GATICA CON TELEFÓNICA DEL SUR* (2020)

consideramos relevantes: el primero, porque la negativa de recibir el dinero en efectivo como medio de pago obliga al consumidor a contratar un producto bancario para realizar el pago; en segundo lugar, porque la negativa a aceptar dinero en efectivo le impide al consumidor solucionar la deuda con moneda de curso legal y poder liberatorio. Es decir, la actitud de la recurrida desconoce el poder legal de la moneda para la extinción de obligaciones en dinero.

Considerando ahora los argumentos entregados por la recurrida en esta causa, y teniendo además en consideración los hechos derivados de la pandemia del COVID-19, ¿será posible considerar alguna excepción para la obligación legal de aceptar el pago en dinero en efectivo?

Las únicas excepciones que contempla la ley para no aceptar el pago en dinero de curso legal son, en primer lugar, los casos de cortes, perforaciones, corrosión o deterioro de monedas que no haga visible la acuñación de la moneda - Código de Comercio, artículo 118, inciso segundo - o aquellos billetes y monedas que estén en mal estado, conforme a las instrucciones del Banco Central, según señala el artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional del instituto emisor.

La segunda excepción es la contenida en el mismo artículo 118, inciso primero, del Código de Comercio, que señala que ninguna persona - con excepción del Fisco e instituciones públicas

- está obligada a recibir en pago y de una sola vez más de cincuenta monedas de cada tipo que se acuñe en el país.

La tercera excepción es la aplicación de la causal del artículo 13 de la Ley Nº 19.496: es decir, considerar que es posible en ciertos casos declarar como “justificada” la negativa a contratar, en este caso recibiendo el dinero en efectivo. Esto puede aplicarse, por ejemplo, en el pago realizado a través de plataformas electrónicas. Aun cuando exista la posibilidad técnica de realizar pagos en efectivo a un proveedor, no parece ser una obligación para este tipo de establecimientos, aunque presten servicios en el territorio nacional.

Por tanto, ¿podría considerarse como justificada bajo el artículo 13 de la Ley Nº 19.496 la negativa de aceptar dinero en efectivo para evitar riesgos de seguridad para el proveedor como también para el consumidor? Consideramos que el deber de profesionalidad del proveedor - artículo 24 de la misma ley - obliga al establecimiento al cumplimiento de la normativa monetaria, y por tanto, debiera como regla general aceptar pagos en dinero en efectivo adoptando siempre las medidas necesarias para evitar riesgos para la salud o seguridad de los consumidores o de los trabajadores del establecimiento. Solo en casos justificados, donde sea muy difícil o costoso asegurar un estándar de seguridad para la salud en el manejo de dinero en efectivo, podría resultar razonable la aplicación de una excepción al deber

de aceptar monedas y billetes por parte del proveedor. Considerar, en cambio, que el proveedor puede excusarse directamente del uso del dinero en efectivo sin una causa grave – como razonó la Corte de Apelaciones de Valdivia –, implica trasladar hacia el consumidor la carga de utilizar un medio de pago que puede resultar más oneroso para él, pero además, el desconocimiento del poder liberatorio que tiene, por ley, el dinero emitido por el Banco Central de Chile.

Jurisprudencia citada

GATICA CON TELEFÓNICA DEL SUR (2020): Corte de Apelaciones de Valdivia, 20 de febrero, Rol N° Protección-272-2020

GATICA CON TELEFÓNICA DEL SUR (2020): Corte Suprema, 16 de marzo, Rol N° 24545-2020

NO CONSIGNA CON LAN AIRLINES S.A. (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de septiembre, Rol N° Policía Local-1873-2012

Normas citadas

Código de Comercio

Ley Orgánica Constitucional del Banco Central

Ley N° 19.496

Decreto Ley N° 1.123, de 1975

Servicio Nacional del Consumidor (2019): *Circular interpretativa sobre aerolíneas y agencias de viaje*

Comentario de las sentencias del Tribunal Constitucional Rol N° 8278- 20-INA y Rol N° 8196-20-INA

Arturo Tortello Novoa

Estudiante de Derecho UC, cuarto año

I. Introducción.

El presente trabajo¹ tiene por objeto el comentario de jurisprudencia de algún tribunal superior de justicia, en la que la garantía del debido proceso, en alguna de las manifestaciones revisadas en el curso, sea crítica en la decisión del asunto. En él, busco entregar un análisis crítico de la racionalidad de la sentencia y su decisión.

En mi caso, seleccioné dos sentencias del Tribunal Constitucional. Las elegí por dos razones. La primera razón es que, en ambas, el *quid* del asunto es si se cometió o no una infracción a las garantías del debido proceso. Ambos son

¹ Este fue un trabajo de investigación para el Curso Optativo de Profundización "Debido Proceso: Aplicación en litigios civiles, arbitrales y de libre competencia".

casos en los que el Estado, en el ejercicio de la potestad administrativa-sancionatoria, aparentemente, ha infringido el *principio de proporcionalidad* al aplicar una sanción. El asunto es llevado a conocimiento del Tribunal Constitucional a través de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en los que se alega que la norma, que contiene la potestad de sancionar del órgano administrativo y la sanción misma, no cumple con los estándares de proporcionalidad que las garantías del debido proceso ordenan cumplir. La segunda razón es que el Tribunal Constitucional, en estas sentencias, entra a conocer del fondo mismo del asunto, entregando claves interpretativas muy relevantes a la hora de dilucidar el contenido concreto de las garantías constitucionales estudiadas en el curso. En otras palabras, el Tribunal no escapa con formalismos, sino que, hace un análisis doctrinario muy interesante de la garantía en cuestión, lo que es especialmente atinente al objeto de este trabajo.

Comenzaré haciendo un pequeño resumen con los hechos de cada caso y lo más relevante de la decisión del Tribunal. En segundo lugar, revisaré, acudiendo a la doctrina y jurisprudencia, la garantía sobre la cual se fundamentan las sentencias, buscando dar respuestas a las interrogantes más comunes, relacionando dichas respuestas con lo establecido

por el TC en las sentencias. Para concluir, haré una recapitulación de las claves interpretativas que nos dejan las sentencias.

II. Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 8196-20 *“Inaplicabilidad CNTV”* [30 de julio de 2020]

a) Hechos sustanciales

TúVes (proveedor chileno de televisión satelital) exhibió en horario de protección de menores la película “Garganta Profunda”. El Consejo Nacional de Televisión (CNTV) acordó aplicar una multa de 100 UTM. TúVes interpone recurso de reclamación ante la Corte de Apelaciones de Santiago (CA) en contra de la resolución que impone la multa. TúVes deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

b) Norma impugnada y normas infringidas con la aplicación de ella

La requirente reclama que el precepto legal “artículo 33, número 2, de la Ley N° 18.838”, que contiene la facultad de sancionar del CNTV y las sanciones que puede imponer, al ser aplicado para la resolución de la gestión judicial pendiente, resulta contrario a la constitución.

TúVes afirma que la aplicación de dicho precepto infringiría la igualdad ante la ley² y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos³, específicamente, el principio de proporcionalidad.

c) Decisión del Tribunal Constitucional (voto de mayoría)

El requerimiento fue acogido por mayoría de 8 ministros. El fallo concluye que “el precepto impugnado resulta en su aplicación contrario a los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución, (...) porque el precepto legal contenido en el artículo 33 N° 2 de la Ley N° 18.838 **adolece de criterios, márgenes o parámetros que son constitucionalmente exigidos para que resulte, en su aplicación, respetuoso de la Carta Fundamental**”⁴.

d) Disidencia que estuvo por rechazar el requerimiento

Los Ministros García y Romero estuvieron por rechazar el requerimiento. Su principal argumento fue rescatar “la importancia del criterio de la gravedad para la determinación del importe de la multa.”⁵

² Específicamente: “Art. 19 N° 2°.- La igualdad ante la ley. (...) Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

³ Específicamente: “Art. 19 N° 3°.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. (...) Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 8196-20, considerando 24°.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 8196-20, considerando 6° de la disidencia.

III. Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 8278-20.
“Inaplicabilidad LGUC” [18 de junio de 2020]

a) Hechos sustanciales

La Dirección de Obras Municipales de la Municipalidad de La Florida (DOM) interpuso una denuncia en contra de Metlife Seguros de Vida por la por infracción de los artículos 116 y 145 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), esto es, construcción sin permiso de edificación habilitada y sin recepción definitiva (Cine Hoyts del Outlet Vivo La Florida).

Juzgado de Policía Local de la Florida (JPL), dictó sentencia aplicando el precepto impugnado y condenando a Metlife al pago de una multa ascendente al 10% del presupuesto de la obra, monto correspondiente a \$573.929.196.

Metlife dedujo incidente de nulidad por falta de emplazamiento, y, en subsidio, recurso de apelación. El incidente fue rechazado por JPL, y tuvo por interpuesto el recurso de apelación. Metlife deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

b) Norma impugnada y normas infringidas con la aplicación de ella

Metlife reclama que el siguiente precepto legal, al ser aplicado para la resolución de la gestión judicial pendiente, resulta contrario a la constitución.

“Artículo 20. Toda infracción a las disposiciones de esta ley, a su ordenanza general y los instrumentos de planificación territorial que se apliquen en las respectivas comunas, será sancionada con multa, a beneficio municipal, no inferior a un 0,5% ni superior al 20% del presupuesto de la obra, a que se refiere el artículo 126 de la presente ley.”⁶

Metlife afirma que la aplicación de dicho precepto infringiría el principio de legalidad de los delitos y penas y el principio de proporcionalidad.

c) Decisión del Tribunal Constitucional (voto de mayoría)

El tribunal, por 6 votos contra 4, concluye que:

“No hay en todo esto una cuestión de mera infracción de ley (...) -en este concreto caso- la ejecución inmotivada de la ley encuentra causa directa e inmediata en la redacción deficiente de esa misma ley.

⁶ Primera parte del inciso primero del artículo 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (contenida en el DFL N° 458, de 1975).

Lo que infringe la garantía constitucional de proporcionalidad de las sanciones.”⁷

d) Disidencia que estuvo por rechazar el requerimiento

Estimaron que no se vulneraba el principio de proporcionalidad pues “los presupuestos de la obra son el parámetro objetivo para el pago de los permisos de construcción como para las sanciones que acarrea su incumplimiento”⁸.

IV. Análisis crítico de las sentencias

A) Debido proceso y sus garantías: ¿Este principio aplica a la Administración?

La actual Constitución Política, en su artículo 19 N° 3 inciso sexto señala que *“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*. Aquí nace y se desarrolla la garantía fundamental del debido proceso, que consiste *“en un principio general del Derecho y un imperativo que inspira el ordenamiento jurídico”*⁹. Pero además, es *“una garantía constitucional, que actúa como*

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 8278-20, considerando 13°.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 8278-20, considerando 18° de la disidencia.

⁹ Daniela Paredes (2013): *“El Debido Proceso Administrativo: Análisis de los procedimientos sancionatorios de telecomunicaciones, sanitario y eléctrico”*, Tesis para optar al grado Magíster en Derecho PUC, p. 4. Disponible en: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/21302>

un mecanismo de protección y aseguramiento de la realización de los derechos¹⁰”.

Esta garantía ha sido profusamente desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia. Es un macro-tema lleno de diversas cuestiones jurídicas discutidas. La primera de ellas que analizaré, antes de discutir si la Administración debe o no sujetarse a los principios del debido proceso, es si puede si quiera imponer sanciones, es decir, un cuestionamiento a la potestad sancionadora del Estado.

Un estudio histórico-jurídico de la potestad sancionadora nos revela que “su origen se encuentra en la actividad de policía que llegó a América por aplicación del derecho castellano-indiano, a partir de la cual fue evolucionando hasta su consolidación actual como una potestad más de la Administración¹¹”. Pese a que “se trata de una cuestión que no plantea mayor debate ni discusión en la jurisprudencia¹²”, hay quienes¹³ cuestionan su constitucionalidad “y, por tanto, su

¹⁰ Daniela Paredes (2013): “El Debido Proceso Administrativo: Análisis de los procedimientos sancionatorios de telecomunicaciones, sanitario y eléctrico”, Tesis para optar al grado Magíster en Derecho PUC, p. 4. Disponible en: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/21302>

¹¹ Rosa Gómez González (2019): “Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la Administración en Chile”, Revista Derecho del Estado, n.º 44, p. 361.

¹² Eduardo Cordero Quinzacara y Eduardo Aldunate Lizana (2012): “Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX, p. 340.

¹³ En este sentido, se puede consultar Soto Kloss, Eduardo, *El Derecho administrativo penal (Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración)*, en *Boletín de Investigaciones*, 44-45 (Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, 1979-1980), pp. 95-103; y *La potestad sancionadora de la Administración, ¿Se adecua a la Constitución?* (Conferencias Santo Tomás, Sanciones Administrativas y Derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo, Santiago, Academia de Derecho, Santiago Universidad Santo Tomás, 2005), pp. 29-49.

existencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico¹⁴, pero no es un tema que corresponde analizar en este trabajo. Aceptando así que dicha potestad se justifica, tal vez más por necesidad y conveniencia que por argumentos jurídicos¹⁵, entraremos a la racionalización del ejercicio de la misma.

Teniendo en mente, por un lado, que existe la garantía constitucional de que *todo órgano que ejerza jurisdicción* debe respetar los principios del debido proceso, y por otro lado, que la Administración del Estado está facultada para imponer sanciones; cabe preguntarse si los órganos de la Administración que ejercen esta potestad se encuentran o no obligados por dicho precepto constitucional.

Si bien esta respuesta tampoco es una unánime, del estudio de las actas de la CENC podemos concluir, en relación con el alcance de "*órgano jurisdiccional*", que "se estableció que por órgano que ejerza jurisdicción se entiende a los tribunales administrativos, fiscales, Impuesto Internos, Contraloría General de la República, etc. Es decir, todo órgano que tenga

¹⁴ Eduardo Cordero Quinzacara y Eduardo Aldunate Lizana (2012): "Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX, p. 340.

¹⁵ Eduardo Cordero Quinzacara y Eduardo Aldunate Lizana (2012): "Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX, p. 340.

facultad para dictar una resolución o fallo¹⁶". Lo que nos lleva a responder positivamente la pregunta formulada.

Esto se ve fielmente reflejado, no solo en la doctrina, sino también en las sentencias revisadas. Así, en CNTV, el TC "ha debido evaluar distintos aspectos de constitucionalidad en relación con disposiciones vinculadas al Derecho Administrativo Sancionador, tanto respecto de preceptos legales -en sede de control preventivo o con motivo de requerimientos de inaplicabilidad- como de actos administrativos, avanzando, entre otras materias, en el sentido que los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución se aplican también a las sanciones administrativas, desde que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado (entre muchos otros, en el c. 3º, Rol N° 6.250); así como acerca del estándar que debe cumplir la descripción de la infracción (c. 11º, Rol N° 2.648), el procedimiento sancionatorio (c. 26º, Rol N° 388 y c. 8º y 9º, Rol 2.682) y la sanción misma (c. 22º, Rol N° 480), fundamentalmente, como se ha dicho, por lo asegurado en el artículo 19 N° 2º y N° 3º de la Constitución."¹⁷ Es decir, deja asentada como una posición reiterativa del

¹⁶ Daniela Paredes (2013): "El Debido Proceso Administrativo: Análisis de los procedimientos sancionatorios de telecomunicaciones, sanitario y eléctrico", Tesis para optar al grado Magíster en Derecho PUC, p. 18. Disponible en: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/21302>

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 8196-20, considerando 14º.

Tribunal, que los principios del Derecho Penal se aplican también a las sanciones administrativas.

Buscando ser lo más conciso posible, en un tema donde mucha tinta ha sido derramada, mi opinión es coincidente con la del TC. Aplicando la máxima del derecho *donde hay la misma razón cabe aplicar la misma disposición*, me parece claro que los fundamentos que justifican la existencia de garantías para el particular cuando se ve enfrentado al *ius poniendi* penal, justifican de igual manera su aplicación paralela al *ius poniendi* administrativo. Y así también lo reconoció el TC en CNTV: **“no hay duda que la potestad sancionadora de la Administración del Estado se sujeta a los principios y normas constitucionales¹⁸”**.

B) Principios del derecho administrativo sancionador:
¿Cuáles principios se aplican al DAS?

Dando por sentado que los principios y garantías del debido proceso se aplican al derecho administrativo sancionador, debemos preguntarnos si se aplican todos y cada uno de ellos, y si se aplican de la misma manera. Para responder esta pregunta debemos analizar la naturaleza jurídica de las sanciones administrativas y cómo estas se comparan con las penas penales. Este es un “asunto capital que le da sentido y

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 8196-20, considerando 20°.

fundamento a la actuación del Estado frente a la sociedad, especialmente para garantizar la protección de determinados valores y bienes constitucionales¹⁹”.

Es un tema de amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial, el cual daría para escribir más de una tesis. En resumen, hay diversas posiciones que discuten acerca del matiz con el cual se deberían aplicar los principios penales al proceso administrativo. Si bien hay quienes defienden la inaplicación de las garantías penales a las sanciones administrativas²⁰, hay un consenso de que **“para nuestra doctrina y jurisprudencia, las infracciones y sanciones administrativas participan de la misma naturaleza de los delitos y las penas, pues integran un mecanismo de intervención en el marco de una política represiva que debe determinar el legislador, sujeto a elementos de proporcionalidad y garantías que son de mayor intensidad considerando la gravedad de la sanción que se va aplicar²¹”**.

Es decir, y esta es también mi opinión, al tener la misma naturaleza, deben sujetarse a los mismos límites que imponen

¹⁹ Eduardo Cordero Quinzacara (2013): “Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 20- Nº 1, p. 81.

²⁰ Para la posición que defiende la “inaplicación de garantías penales a las sanciones administrativas”, véase Raúl Letelier (2017): “Garantías penales y sanciones administrativas”, Política criminal, Vol. 12, Nº 24, Art. 1, pp. 622-689.

²¹ Eduardo Cordero Quinzacara (2013): “Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 20- Nº 1, pp. 101-102.

las garantías frente a la acción del Estado, sea que esta se ejerza a través de un tribunal propiamente tal o a través de un órgano que ejerza jurisdicción. En este sentido, coincido con Eduardo Cordero en que no resulta “admisible que en el ámbito penal se adoptaran una serie de resguardos y garantías para los ciudadanos, mientras que, por el sólo hecho de salir de la sala del juez penal e ingresar a los despachos administrativos, todos estos principios se desvanecieran casi al punto de desaparecer²²”.

Me parece que los principios inspiradores del Derecho Penal que este profesor destaca, a saber: *“dentro de los principios sustantivos vamos a comprender los principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad, culpabilidad, proporcionalidad, personalidad, non bis in idem. A su vez, dentro de los principios procedimentales distinguiremos entre el procedimiento previo, legal, justo y racional, dentro del cual se entiende comprendido el derecho a la defensa jurídica, la presunción de inocencia y el acceso a la justicia”*; deben aplicarse a cabalidad al DAS.

Opino que todos principios que ordenan el *ius poniendi* en sede penal son igualmente aplicables cuando esa potestad se

²² Eduardo Cordero Quinzacara (2014): “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLII (Valparaíso, Chile, 2014, 1er Semestre), p. 436.

ejerce por la Administración. Entre ellos se encuentra el de proporcionalidad, y me parece acertado que las sentencias reconozcan que dicho principio “se hace presente en todo el ordenamiento jurídico nacional. Y se manifiesta, especialmente, en materia de penas del orden criminal y sancionatorio-administrativo²³”.

C) Principio de proporcionalidad: ¿A qué obliga el principio de proporcionalidad?

Teniendo por supuesto que el principio de proporcionalidad, por ser parte de un justo y racional procedimiento, es un límite para la autoridad al ejercer la potestad sancionatoria, una garantía para el administrado frente a la administración, cabe preguntarnos a qué obliga este principio, es decir, cual es el contenido de esta garantía fundamental.

Para contextualizar, revisemos primero lo que ha dicho la doctrina acerca de este principio. El profesor Vergara ha dicho que:

“Supone este principio una correspondencia entre la infracción y la sanción impuesta, con el fin de impedir que la ley autorice y que la autoridad tome medidas innecesarias y excesivas. Este principio impone criterios de graduación de las sanciones, basados en diversos

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 8278-20, considerando 8°.

criterios, incluso derivados de otros principios, como la intencionalidad, la reiteración, los perjuicios causados, la reincidencia en la misma sanción, pero en períodos de tiempo acotados.²⁴

Complementando lo dicho, el Profesor Cordero ha dicho que:

“El principio de proporcionalidad opera en materia punitiva en dos ámbitos bien delimitados. En primer término, como un límite que se impone al legislador al momento de tipificar conductas punibles, determinar su sanción y establecer la autoridad que debe aplicarla (administrativa y judicial). En segundo lugar, como un límite al acotado margen de discrecionalidad que debe tener la autoridad administrativa al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo.”²⁵

Esto aclara, en la teoría, qué es el principio y su función, pero no desarrolla el contenido de la garantía ni cuál es el límite concreto que resguarda. ¿Basta que haya diferentes penas para distintas infracciones? ¿Es necesario que haya una

²⁴ Alejandro Vergara Blanco (2004): “Esquema de los Principios del Derecho Administrativo Sancionador”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 11 - N°2, p. 144.

²⁵ Eduardo Cordero Quinzacara (2014): “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLII (Valparaíso, Chile, 2014, 1er Semestre), p. 425.

graduación que tome en consideración la gravedad del hecho? ¿Es la gravedad del hecho un criterio suficiente para satisfacer el principio? Estos son los puntos oscuros que las sentencias seleccionadas nos ayudan a vislumbrar. En efecto, en ambas sentencias, el asunto puesto en conocimiento al TC se resuelve con responder si, en el caso concreto, la norma es respetuosa o no de la garantía constitucional y del principio de proporcionalidad.

En CNTV, el Tribunal inicia reconociendo “el **principio de proporcionalidad** de la sanción, principio conforme al cual, siempre **debe existir una razonable adecuación entre el desvalor o naturaleza del ilícito cometido y la sanción** que se aplica al autor del mismo”²⁶. De acuerdo a él, entra a analizar si la norma impugnada cumple o no con la adecuación mencionada.

Entre la absoluta indeterminación y la más completa graduación, la garantía le prohíbe al “legislador -so riesgo de vulnerar el principio de proporcionalidad en el sentido de delimitación de la potestad sancionadora- prescindir de todo criterio para la graduación o determinación del marco de la sanción a aplicar, sea en términos absolutos o de manera excesivamente amplia”. Tenemos aquí nuestra primera clave

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 8196-20, considerando 15°.

interpretativa: no puede prescindirse de la graduación ni dejar que ésta sea excesivamente amplia. Estoy de acuerdo con esta interpretación del TC, ya que así no se afectan en su esencia las garantías del debido proceso, en los términos del artículo 19 N°26 y siguiendo la teoría del núcleo esencial de los derechos.

En CNTV, la norma cuestionada establece como criterio '*según la gravedad de la infracción*', lo que "no evidencia **criterios objetivos, reproducibles y verificables**, en virtud de los cuales el juez competente esté habilitado para imponer una sanción pecuniaria de menor o mayor magnitud o cuantía"²⁷. Así, considera que este criterio "resulta vacío e insuficiente. (...) aquel no garantiza realmente que el operador encargado de aplicar la misma, vaya a ajustar o calibrar la sanción según la gravedad de la infracción. (...) tal cuestión queda entregada enteramente a la apreciación discrecional de este último"²⁸. Segunda clave interpretativa, con la que estoy de acuerdo y destaco: la norma debe contener criterios objetivos, reproducibles y verificables para aplicar la sanción. Tercera clave: '*según la gravedad*' no es suficiente.

En LGUC esto es aún más notorio. Esto porque, en primer lugar, "a una pluralidad indefinida de infracciones, la ley le

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 8196-20, considerando 18°.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 8196-20, considerando 19°

asigna una penalidad abierta e indeterminada, sin criterios que permitan juzgar –a este último respecto– situaciones diferentes²⁹”, es decir, todas las infracciones tienen la misma pena. Y, en segundo lugar, “cabe observar que la inexistencia de factores o variables que permitan calibrar la sanción aplicable a un caso singular, más allá del presupuesto de la obra³⁰”. Así, en este caso se presenta una infracción al principio aún más notoria, pues se establece “un margen legal excesivamente amplio o laxo entre la sanción mínima y la máxima aplicable, rayano en la indeterminación del marco penal³¹”.

V. Conclusión

Me parece claro que el TC, en estos casos, sienta una sana doctrina respecto al principio de proporcionalidad, dado que en ningún caso los preceptos legales impugnados establecen un marco de justicia y racionalidad que permitan a la autoridad (CNTV y JPL) abandonar la mera intuición y ajustar la sanción en medida con la infracción³². Hay una inexistencia de otros criterios o parámetros de graduación, a partir de los cuales la autoridad pueda morigerar o agravar la concreta sanción al infractor.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 8278-20, considerando 4°.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 8278-20, considerando 5°.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 8278-20, considerando 7°.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 8278-20, considerando 12°.

Me declaro muy de acuerdo con los votos de mayoría de ambas sentencias, en cuanto que: a) la potestad sancionadora de la Administración del Estado se sujeta a los principios y normas constitucionales; b) el principio de proporcionalidad se hace presente en todo el ordenamiento jurídico nacional, especialmente, en materia de penas del orden criminal y sancionatorio-administrativo; y, c) la norma debe contener criterios objetivos, reproducibles y verificables, en virtud de los cuales la autoridad o juez que imponga la sanción pueda *proporcionar* la infracción con la pena.

Me parece que estas sentencias tienen un potencial de análisis aún mayor de lo expuesto en este trabajo. Solo a modo de especulación, abren la puerta a preguntarse si acaso viola también la garantía del debido proceso el hecho de que el JPL sea una autoridad elegida por la municipalidad y que la multa que este decide imponer (arbitrariamente) vaya a beneficio municipal, u, otro ejemplo, si, como destaca el voto de minoría en CNTV, “uno se pregunta si no estarán, acaso, concibiendo el estándar de racionalidad y justicia como uno susceptible de ser satisfecho sólo con lo óptimo más que con lo suficiente³³”.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 8196-20, considerando 25° de la disidencia.

Proyecto de reducción de jornada: ¿medida paternalista?

Natalia Cárdenas

Estudiante Derecho UC, cuarto año

El derecho laboral desde un comienzo surgió como una respuesta a la relación de desigualdad entre el empleador y trabajador, al tener este último un poder de negociación mucho inferior que el primero. En palabras de Óscar Ermida, "un derecho laboral no protector carecería de razón de ser".

Esta rama del derecho se encuentra regida e inspirada por un conjunto de principios que se dirigen a igualar las condiciones entre trabajador y empleador. Américo Plá los define como "líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos"². Entre estos principios, los más aceptados por la doctrina son el principio protector, principio de continuidad de la relación laboral, principio de

¹ ERMIDA (2011) p. 226.

² PLA RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo, ediciones De la Palma, Buenos Aires 1990, segunda edición, pag. 9.

irrenunciabilidad de los derechos laborales, principio de supremacía de la realidad, entre otros. De dichos principios, el fundante y que constituye la vértebra principal del derecho del trabajo es el principio protector, que parte de la base de que en la relación laboral se encuentra comprometida también la vida y dignidad del trabajador.

El trabajo es un elemento esencial de la persona, y al ser de esta forma, el empleado se encontrará siempre en desventaja al momento de negociar en razón de la necesidad de trabajar. La relación laboral, en consecuencia, es radicalmente distinta a otros tipos de relaciones jurídicas entre privados donde prima la autonomía de la voluntad. No se puede hablar de auténtica autonomía cuando una de las partes se encuentra en desventaja y compromete su propia vida. Por eso mismo, el derecho laboral establece un conjunto de mínimos y máximos dentro de los cuales el empleador y el empleado pueden negociar.

Ahora bien, esto no significa que el derecho laboral sea una suerte de derecho "paternalista", como muchos críticos suelen catalogarlo. Es indiscutible que busca proteger un bien jurídico de gran relevancia para nuestro ordenamiento como lo es la dignidad de la persona y la igualdad. Ante el carácter esencial e indispensable del trabajo, el empleado es capaz de

ceder cualquier cosa con tal de ser contratado, y por lo mismo, se consagra la irrenunciabilidad de los derechos laborales.

El derecho laboral no ve al trabajador como un incapaz relativo, sino que al estar situado en una relación en la que sus condiciones de bienestar se ven afectadas al no ser capaz de negociar, el legislador debe entrar a nivelar estas diferencias en pos de su protección, para que pueda ejercer sus derechos al mismo nivel que el empleador.

Uno de los temas que ha sido objeto de críticas, justamente por esta razón, es el de la jornada laboral. Aquello queda de manifiesto cuando en la creación de la OIT, la delimitación de la jornada laboral fue la primera y más importante reforma, estableciendo una jornada de 48 horas semanales, que posteriormente se bajó a 45.

Las nuevas tendencias han ido apuntando a reducir el tiempo en el que el empleado presta sus servicios al empleador, y así países como Alemania cuentan con una jornada de 35 horas a la semana, sin que su PIB se vea afectado significativamente.

La reducción de la jornada laboral no es una medida paternalista, como algunos la acusan, sino que es un supuesto básico para asegurar mejores condiciones de trabajo e incluso, para favorecer la productividad.

No hay que olvidar que el trabajador es un ser humano que tiene una vida fuera del trabajo, y por eso, el ordenamiento jurídico debe apuntar a compatibilizar la vida externa y su desarrollo personal con el tiempo en que pasa a disposición del empleador. Por lo tanto, no basta con únicamente reducir la jornada laboral, sino que debe poder adecuarse a las necesidades del trabajador y a su quehacer fuera del lugar en que presta sus servicios.

En Chile el tema no ha estado exento de polémicas. Hace algunos años atrás se redujo la jornada laboral de 48 horas a 45 horas semanales, sin afectar en gran medida la producción económica y sin ser objeto de mucho debate. Así, en la actualidad, el Código del Trabajo establece una jornada laboral máxima de 45 horas semanales, las cuales deben repartirse entre un mínimo 5 y un máximo 6 días, con un tope de 10 horas diarias.

Sin embargo, el actual proyecto que busca reducir la jornada semanal a 40 horas ha causado mayor impacto, recibiendo incluso una respuesta por parte del Gobierno, que presentó un nuevo proyecto que apunta a una mayor flexibilidad.

Si bien ambos proyectos son diametralmente distintos, apuntan a un mismo objetivo; que la vida del trabajador sea

compatible con su trabajo, lo cual le permita desarrollarse como individuo y dedicar tiempo a la familia y recreación.

Por un lado, el proyecto presentado por la diputada Camila Vallejo modifica la jornada ordinaria, reduciéndola de 45 a 40 horas semanales, e incluyendo la hora de colación dentro de la jornada de trabajo como jornada pasiva, por lo que, en vez de 40 horas, en la práctica estaríamos hablando de 39 horas.

La idea de la reducción en 6 horas puede llegar a afectar la productividad, lo cual significaría no solo un menoscabo para el empresario, sino que para sus subordinados. Además, se mantiene un régimen muy rígido, poco flexible y que no permite que la jornada laboral se adecue a la vida externa del trabajador, más aún en nuestra coyuntura, donde el surgimiento de nuevos empleos a través de diversas plataformas hace necesaria la creación de una jornada mucho más moldeable y negociable entre empleador y trabajador.

Por el otro lado, el oficialismo ha presentado un proyecto que apunta a una mayor flexibilidad, dándole la posibilidad al empleador y al trabajador de pactar una jornada mensual, con lo cual se reduciría la jornada a 41 horas semanales, en cuyo caso se podrá distribuir entre 4 a 6 días a la semana, y no solo entre 5 y 6 como señala la legislación vigente.

Si bien este proyecto es más flexible y permite disminuir la jornada ordinaria, no prevé mecanismos que pongan al trabajador al mismo nivel de negociación que su empleador, siendo por tanto una flexibilidad que favorece a una parte en vez de la otra.

En conclusión, la reducción de la jornada laboral debe ser uno de los siguientes pasos para que Chile avance en materia de derecho laboral a nivel internacional. Esta medida no es “paternalista”, como algunos acusan. Es innegable que actualmente se hace necesaria una disminución en los horarios de trabajo, más aún cuando la esperanza de vida es más larga.

Quizás sea necesario implementar nuevas medidas que mejoren las condiciones de los trabajadores respecto de la jornada laboral, disminuyendo las horas semanales de trabajo, flexibilizando los horarios, aumentando el poder de los sindicatos en materia de negociación para que el trabajador pueda negociar en un piso de igualdad con su empleador, o bien, crear más jornadas especiales que se adecuen a la vida del trabajador y a los tiempos nuevos.

Bibliografía citada

1. ACKERMAN, Mario (2004): Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (Buenos Aires, Editorial Astrea, Librería Virtual)
2. ACKERMAN, Mario (2005): Los Principios en el Derecho del Trabajo, en Tratado de Derecho del Trabajo, tomo I (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores)
3. ACKERMAN, Mario (2006): El futuro del Derecho del Trabajo. (Buenos Aires, Editorial Astrea, Librería Virtual)
4. ALARCÓN, M.R. (en prensa) "La jornada de trabajo en la ley y la negociación colectiva en España, La jornada laboral en la Unión Europea." Sevilla. CGT de Andalucía y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
5. BARBAGELATA, Héctor Hugo (2000). "Algunas reflexiones sobre los derechos humanos laborales y sus garantías", Revista Judicatura. Montevideo. Publicación oficial de la Asociación de Magistrados del Uruguay. Nº 41, pp. 127-153.
6. BARBAGELATA, Héctor-Hugo (2009): El Particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales (Montevideo, fundación de Cultura Universitaria, segunda edición)
7. BARROS, Enrique (1984): "Reglas y Principios en el Derecho", en Anuario de Filosofía Jurídica y Social Nº 2 (Sociedad

- Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, Edeval), pp. 269-281.
8. BRONSTEIN, Arturo (2007). Cincuenta años de Derecho del Trabajo en América Latina: un panorama comparativo. (Buenos Aires. Rubinzal - Culzoni Editores).
 9. BULNES, Luz (1980): "La Libertad de Trabajo y su Protección en la Constitución de 1980", en Revista de Derecho Público (N° 28, Universidad de Chile), pp. 207 a 224.
 10. CHINCHILLA, N.; POELMANS, S. (2005), La conciliación de la vida laboral, familiar y personal. (Barcelona: Pla Estratègic Metropolità de Barcelona, col. Perspectives 5)
 11. DESDENTAD, Aurelio (2003): "El Principio Pro Operario", en Los Principios del Derecho del Trabajo (Madrid, Centro de Estudios Financieros),
 12. FROHLICH, Martin (2010): "La reducción de la jornada (kurzarbeit) y otras medidas del derecho del trabajo frente a la crisis en alemania." Temas laborales núm. 105/2010. Págs. 49-60
 13. GAETE, Alfredo (1960): Tratado de Derecho del Trabajo Chileno (Santiago, Editorial jurídica de Chile).
 14. GAMONAL, Sergio (2008): Fundamentos de Derecho Laboral (Santiago, Lexis-Nexis).
 15. GAMONAL, Sergio (1998): Introducción al Derecho del Trabajo (Santiago, editorial Jurídica ConoSur).

16. GARCÍA, Manuel (1987): Curso de Derecho del Trabajo (Madrid, Ariel Derecho).
17. LIZAMA, Luis (2003): Derecho del Trabajo (Santiago, LexisNexis).
18. ORTUZAR, Agustín (1925): Las Leyes del Trabajo y de la Previsión Social de Chile (Santiago, Dirección General del Trabajo).
19. PASCO COSMÓPOLIS, Mario (2005). "Dimensiones laborales de la globalización: Lo laboral en los procesos de integración y los tratados de libre comercio". En Laborem. Lima. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Nº 5, pp. 87-121.
20. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (1998). Los Principios del Derecho del Trabajo. (Buenos Aires, Ediciones Depalma, tercera edición)
21. RASO, Juan (2005): "El principio Protector en el Proceso del Trabajo", en Derecho Procesal del Trabajo, Treinta Estudios, Grupo de los Miércoles (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria), pp. 49-62.
22. RAU, Tomás. "Flexibilidad de la jornada laboral en Chile: una deuda pendiente". En: Centro de políticas públicas uc. Santiago, Chile, 2012.

23. RIVERA, Antonia. "El tiempo es oro. Reflexiones desde la historia acerca de la reducción de la jornada. Y el control del tiempo de trabajo"
24. Supiot, alain (1996): crítica del derecho del trabajo (traducc. José luis gil y gil, madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales),
25. UGARTE, José Luis (2004). El nuevo Derecho del Trabajo. (Santiago, Editorial Universitaria)
26. VILLAVICENCIO, Alfredo (2006). "Liberalización del comercio y Derecho del Trabajo. Informe Perú". En: XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. París, Francia. 5 al 8 de septiembre de 2006,
27. WALKER, Francisco (1965): Esquema del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Chile (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)
28. WALKER , Francisco (1989): Derecho del Trabajo y Relaciones del Trabajo (Santiago, Ediar-ConoSur),
29. WALKER Francisco (2003): Derecho de las Relaciones Laborales (Santiago, Editorial Universitaria).

Aguas estancadas: la Constitución como barrera a reformas sustanciales en materia de aguas

Rodrigo Herrera Galilea

Estudiante Derecho UC, quinto año

Contexto

Hoy en día el agua es *trending topic* en nuestro país. Desde la discusión académica-jurídica¹, hasta la cultura popular², pasando por un variadísimo espectro en donde encontramos *podcasts* de agua y feminismo³, campañas de apoyo a comunidades⁴, manifestaciones⁵, la Mesa Nacional del Agua⁶, proyectos de ley⁷ y un sinfín de *webinars* y charlas que nos hacen pensar que en la actualidad el agua y su regulación están en el centro del debate ciudadano.

¹ Ver las recientes XXII Jornadas de Derecho y Gestión de Aguas de agosto 2020 o las III Jornadas del Régimen Jurídico de las Aguas de septiembre 2020

² Ver *Suelta el agua fest* o la última canción del artista *Gianluca* titulada Agua

³ Ver *Maestras del agua* podcast disponible en Spotify

⁴ Ver campaña organizada por Greenpeace de apoyo a la comunidad de El Melón en contra de la multinacional Angloamerican

⁵ Recordar carteles con mensajes alusivos al “derecho al agua” o “desprivatización de las aguas” para las manifestaciones posteriores al 18 de octubre de 2019

⁶ Proceso que involucra a una variedad de actores con el fin de proponer un plan para hacer frente a la crisis hídrica del país

⁷ Reforma al Código de Aguas Boletín 7543-12

Adicionalmente, Chile vive la peor sequía de la cual exista registro histórico, tanto es así que ha venido a denominársela mega-sequía, tanto por su extensión temporal (más de 10 años) como territorial (desde la región de Coquimbo hasta la Araucanía)⁸. La pandemia desatada por el COVID-19 solo ha puesto de manifiesto lo indispensable de este recurso para la salud de las personas; al ser el lavado de manos una medida básica para evitar los contagios y a la que muchos compatriotas difícilmente pueden acceder⁹.

Ante todas estas situaciones es natural que surjan cuestionamientos a la regulación legal y constitucional de las aguas y que se espere que, de cara a una nueva Constitución, existan cambios en esta materia.

Pero, ¿qué dice la Constitución sobre las aguas?

El artículo 19 de la Constitución abre el capítulo de los derechos y deberes constitucionales, haciendo un listado de los llamados derechos fundamentales. En su numeral 24, la Constitución asegura a las personas el derecho de propiedad y en el último inciso de este numeral la Carta Magna establece:

⁸ Ya esta terminología era usada por el CENTRO DE CIENCIA DEL CLIMA Y LA RESILIENCIA en 2015.

⁹ Según GREENPEACE 350 mil chilenos no tienen agua suficiente para lavarse las manos

“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”¹⁰.

La Constitución también hace una referencia indirecta a las aguas en el artículo 19 N°23 al limitar la libertad para adquirir el dominio de ciertos bienes que pertenecen a la Nación toda, entrando el agua en esta categoría por disposición legal. Vale la pena recordar que el agua es un bien nacional de uso público en virtud del artículo 595 del Código Civil y del artículo 5 del Código de Aguas.

Este trabajo busca dar argumentos sobre la inconveniencia de la fórmula establecida en el artículo 19 N°24 inciso final. Creo que Chile tendría una mejor Constitución sin esta disposición, ya que esta no solo ha impedido la generación de instrumentos efectivos para mejorar la gestión de los recursos hídricos, sino que también se ha instalado como barrera para leyes que pretendan modificar el “modelo de las aguas” en Chile.

El modelo de las aguas y la democracia neutralizada

Hablar del “modelo de las aguas” o el “modelo económico” chileno suele ser un asunto controversial donde tienden a abundar las caricaturas, el diálogo se carga de

¹⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1980), Chile

dogmas incontrovertibles y el consenso escasea. Por lo tanto, me parece enriquecedor tener el punto de vista de un extranjero en esta materia.

Carl Bauer es un académico estadounidense, con estudios en geografía, geología, economía y con un doctorado en derecho sobre el Código de Aguas chileno, que, en palabras de Vergara, probablemente sabe más que muchos chilenos sobre historia, contexto y consecuencias del régimen de las aguas en Chile¹¹.

Al describir el modelo chileno, Bauer hace las siguientes apreciaciones:

“El “modelo chileno” de derechos de agua y mercados de agua fue definido por el Código de Aguas de 1981 y por la Constitución de 1980. Ambos documentos escritos durante un periodo en que el gobierno militar construyó las fundaciones legales e institucionales para el futuro del país. Fue un periodo cargado con fuertes puntos ideológicos, en donde la junta militar y los asesores civiles buscaron cristalizar e institucionalizar el dramático cambio social, económico y político que el gobierno había impuesto.

En los 90, el modelo chileno de aguas se volvió mundialmente conocido en los círculos académicos sobre aguas por su aproximación neoliberal: los derechos de agua

¹¹ VERGARA (2017) p. 223.

fueron privatizados y separados del dominio de la tierra, la regulación administrativa del agua fue débil y restrictiva y se esperaba que el libre mercado unido a la libre transferibilidad de los derechos de aguas incrementaran la eficiencia y el crecimiento de la económica nacional¹².

Aunque creo que esta descripción nos da un panorama suficiente para hacernos una idea del modelo chileno, pienso que también Ezio Costa hace una precisión, que para efectos de este trabajo pienso rescatable:

“El sistema –como tantos otros en Chile– es el fruto de una construcción neoliberalista, donde la propiedad privada era vista como la única y mejor manera de lograr estabilidad, eficiencia y justicia. Esta idea fue aplicada de manera absoluta, aprovechando la contingencia política chilena¹³.”

Es en este contexto y desde 1990 que numerosos gobiernos han tratado de implementar reformas tanto para cambiar ciertas partes de este modelo (como la perpetuidad de los derechos de aprovechamiento, actualmente en discusión) como para introducir nuevas instituciones (como el caudal ecológico mínimo). Es la tesis de este trabajo que la fórmula del artículo 19 N° 24 inciso final, ha *neutralizado* decisiones políticas que pretendían hacer cambios transformadores en estas dos áreas, impidiendo cambios o

¹² BAUER (2015a) p. 148. (Traducción libre)

¹³ COSTA (2016) p. 337.

generando una legislación deficitaria que no logra cumplir sus objetivos.

El énfasis más arriba en *neutralizado* no es casual. Este ensayo está influenciado por el libro “Democracia y neutralización” de Fernando Atria, Constanza Salgado y Javier Wilenmann. En una brevísima síntesis, el libro plantea que la Constitución de 1980 constituye un poder político neutralizado, es decir, un poder político que está incapacitado para actuar en buena parte de los ámbitos que podría esperarse que actuase. Esta neutralización se materializaría en dos momentos: primero, en una neutralización buscada y segundo, en una neutralización lograda¹⁴.

Con el primer momento se trata de impedir que el modelo político y económico de la dictadura pueda ser transformado mediante el despliegue del poder político democrático. El sentido de esta neutralización buscada era proteger el modelo neoliberal. Sin embargo, la neutralización no podía ser explícita y estar circunscrita solo a lo que protege el modelo, sino que necesitaba ser indiscriminada y que cubriera también –pero no solo– los aspectos esenciales del modelo económico. Este sería el segundo momento o la neutralización lograda¹⁵.

¹⁴ ATRIA y otros (2017) p. 18.

¹⁵ ATRIA y otros (2017) p. 19.

Desde ya, me parece interesante lo que ha escrito el profesor Vergara respecto a las reformas al sistema de las aguas en Chile:

“Los únicos signos de modificaciones estructurales ocurrieron a principios de los años noventa, en que se pretendía hacer una modificación más sustancial al régimen de las aguas, con caducidades, y recuperación de la calidad de públicas de las aguas, para evitar su ‘mercantilización’, como se decía [...]. Pues bien, eso quedó en el olvido, y la modificación que en definitiva propuso el Gobierno en los noventa, y que se aprobó en 2005, para el Código de Aguas, no alteró en nada sustantivo el modelo original de 1979-1981. Por lo tanto, estas pompas de jabón un poco anacrónicas que hoy escuchamos, que nos llaman a re-estatizar el agua, a re-nacionalizar el agua, se difuminarán...”¹⁶

Sostengo el argumento de que la idea planteada en “Democracia y neutralización” se materializa muy concretamente en las discusiones políticas que han existido en torno al régimen jurídico de las aguas en nuestro país. En especial, me detendré en dos momentos de esta discusión (patentes por no uso y caudal ecológico mínimo) en donde creo ver de manera muy nítida la neutralización descrita, adicionalmente enfrentaré posiciones sobre la posibilidad de

¹⁶ VERGARA (2015) p.24.

satisfacción del derecho humano al agua siendo compatible con un derecho de propiedad sobre los derechos de agua, para concluir con ciertas apreciaciones personales sobre el debate que suscita este tema.

Patente por no uso de las aguas

La Ley 20.017, promulgada en 2005, tuvo una tramitación muy extensa, en la cual se trataron de solucionar muchas de las falencias que contenía el Código de Aguas de 1981. Particularmente y por cierto, una de las temáticas que más discusión generó, fue la excesiva concentración, en las manos de solo algunos, de derechos de aprovechamiento de aguas que no estaban siendo utilizados¹⁷.

En este tema me parece interesante adentrarnos brevemente en la historia de la discusión, ya que es notable el cambio entre lo que se quería implementar y lo que finalmente fue la ley.

Ya en 1992, el Gobierno de turno envió al Congreso una serie de propuestas bajo el argumento de que el régimen adolecía de una excesiva permisividad y pasividad ante los problemas de escasez y contaminación de las aguas, que fomentaban el acaparamiento y la especulación. Esto debía ser modificado a través del fortalecimiento de “lo público” y

¹⁷ CELUME (2013) p.302.

en este punto específico, estableciendo la obligación del uso solicitado, bajo la lógica del “úselo o piérdalo”, es decir, la posibilidad de que caducaran aquellos derechos que no eran efectivamente utilizados¹⁸.

Estas propuestas iniciales resultaron del todo inviables en el Congreso, viéndose el Gobierno en la necesidad de retroceder en su posición original, eliminando las caducidades y reconociendo al mercado como la forma de reasignación de las aguas¹⁹.

El año 2000, en la discusión en sala del proyecto de ley, las palabras del entonces senador Edgardo Boeninger son elocuentes en cuanto al restringido marco de acción de la política chilena frente al problema de la concentración de las aguas:

“Tampoco se puede aplicar la solución, bastante drástica –más común, entiendo, en Estados Unidos y en los países europeos– de la simple caducidad del derecho cuando se deja de usar por cierto período o no cumple determinadas condiciones.

De ahí, entonces, que la idea heterodoxa de una patente por no uso del agua aparece, por muy original y única que sea en términos de legislación comparada, como una opción que, ante la dificultad presentada por otras –sobre todo, porque lo

¹⁸ BAUER (2015b) p.114.

¹⁹ VERGARA (2002)p.15.

atinente a la caducidad no es posible en Chile por razones constitucionales–, se debe considerar seriamente”²⁰.

Me parece que el senador destaca dos puntos muy relevantes: la incapacidad de aplicar la solución, no solo común en los países mencionados, sino universalmente aceptada de caducidad por no utilización²¹ y la necesidad, por consiguiente, de crear un sistema particularísimo para no hacer inconstitucional la reforma.

Asimismo, hay que recordar que esta discusión ya había adquirido ribetes constitucionales al ser sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional en 1997 un requerimiento por 30 diputados, basados en que las normas propuestas del proyecto deberían tramitarse bajo leyes de quorum calificado.

Me parece claro que el artículo 19 N°24 inciso final estuvo presente en toda la tramitación de esta ley. Creo problemático que, de plano, una solución que es de utilización mundial tenga que ser desechada por inconstitucional. La patente por no uso, invento criollo, acaparó la mayor parte de la discusión cuando era solo una de las tantas medidas que se pretendían para mejorar el sistema.

La creación de la patente por no uso representa –a mi juicio– de manera ejemplar el ejercicio de un poder político

²⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2018) p.385.

²¹ VALENZUELA (2013) p. 5.

neutralizado. Una decisión transformadora del modelo, como lo hubiera sido la caducidad de los derechos (que por cierto volvía a la forma tradicional de regulación hídrica chilena), se vio prontamente truncada por la propiedad sobre los derechos de aguas. El temor de que la ley pudiera contravenir la disposición constitucional llevó a crear un instrumento que no tiene igual en el derecho comparado²² y que, en mi opinión, ha resultado de escasa utilidad.

Sobre este punto, me parecen de especial valor las conclusiones de Christian Valenzuela quien ha planteado que la patente por no uso no parece ser un desincentivo eficaz para poseer derechos de aprovechamientos sin uso efectivo. Ha generado, por el contrario, una disponibilidad de aguas para quienes tienen poder económico suficiente para pagar la patente y ha favorecido a los rubros que son capaces de trasladar los costos a terceros, como el caso de sector hidroeléctrico, donde los usuarios terminan pagando el costo adicional²³.

Adicionalmente la patente podría estar causando un efecto colateral no previsto: Como este instrumento había sido pensado para resolver el problema del acaparamiento de los derechos de aguas en el sur de Chile, no se tuvo a la vista el contexto del norte árido de Chile, donde la escasez de agua

²² VALENZUELA (2013) p. 10.

²³ VALENZUELA (2016) p. 50.

podría verse agravada si los derechos sin uso comienzan a utilizarse efectivamente por los titulares, motivados a no pagar la patente²⁴.

Finalmente, en un estudio realizado por académicos de nuestra universidad, muestra que uno de los temas con mayor conflictividad judicial en Chile son justamente las controversias de patentes por no uso de aguas²⁵.

Caudal ecológico mínimo

El caudal ecológico mínimo (CEM) se podría definir como “el agua mínima necesaria para preservar los valores ecológicos en el cauce de ríos u otros cauces de aguas superficiales”²⁶. Así como la patente por no uso, es una institución que nació a la vida del derecho con la reforma del año 2005, no obstante, venía siendo una práctica habitual de la Dirección General de Aguas (DGA).

Siendo coherente con lo planteado hasta este punto, el CEM fue producto de una política neutralizada, no en este caso de una neutralización buscada, sino de una neutralización lograda.

La idea de un caudal ecológico mínimo aparece –entre otras muy importantes razones– ante la constatación de que,

²⁴ VALENZUELA (2016) p. 35.

²⁵ RIVERA y otros (2019) p. 188.

²⁶ BOETTIGER (2013) p. 2.

en ciertas épocas del año, ciertos ríos se secaban con el consecuente perjuicio ecológico que esto trae. Así lo expresaba el diputado Carlos Cantero al referirse al río Loa en la discusión en sala el año 1997²⁷. Esto vendría dado por la imposibilidad de la DGA de negarse a peticiones de derechos de aprovechamiento, existiendo disponibilidad física de aguas. En tanto existan aguas, éstas debían ser entregadas²⁸. Por lo cual, el problema de los ríos secos en verano se reconducía no a la sequía o al cambio climático, sino a la regulación y gestión de las aguas.

Finalmente, en 2005, la figura del CEM es establecida legalmente con la particularidad de que solo iba a regir para los derechos de aprovechamiento de aguas que se constituyeran del 2005 en adelante. La razón: una aplicación retroactiva de ella sería expropiatoria.

Parece entonces que la expresión de cambios “cosméticos” de esta reforma²⁹, no es una exageración en cuanto que en la zona norte y centro casi no existe disponibilidad para otorgar nuevos derechos³⁰.

Vale la pena destacar que desde un principio los detractores del CEM denunciaban una vulneración a la esencia del dominio. Sin embargo, se ha sostenido que el

²⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2018) p.123.

²⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2018) p.91.

²⁹ SEGURA (2004) p.29.

³⁰ SAAVEDRA (2009) p.259.

caudal ecológico mínimo no es sino una legítima limitación fundada en la función social de la propiedad, dentro de la causal de conservación del patrimonio ambiental³¹.

Un interesante estudio demuestra el poco efecto que ha tenido esta reforma, focalizándose en 3 importantes cuencas hidrográficas del país, la cuenca de Limarí, Aconcagua y Rapel:

“En cuanto a derechos con caudal ecológico asociado, sólo el 8% del total en las 3 cuencas posee caudal ecológico, debido principalmente a que la mayoría de ellos corresponden a derechos otorgados antes de la década del 90”³².

Ante esta situación, en la actualidad presenciamos una práctica muy particular de la DGA. Si bien la ley es explícita en reconocer que el CEM solo se iba a imponer a los derechos que se constituyeran después del año 2005, la DGA ante ciertos trámites, como el traslado de un derecho de aprovechamiento, ha impuesto de manera retroactiva caudales ecológicos. Esta actividad –por cierto irregular y *contra legem*– ha sido ratificada por los tribunales de justicia³³⁻

34.

³¹ ALFARO (2018) p.76.

³² GEOHIDROLOGÍA CONSULTORES LTDA (2016) p.177.

³³ Ver la reciente sentencia de CS Rol Nº 27.636-2019.

³⁴ Este fenómeno ha sido estudiado detalladamente en la tesis: El caudal mínimo ecológico en traslado del ejercicio de derecho de aprovechamiento. Una aproximación desde el derecho administrativo. De ORTIZ.

En conclusión, que el órgano sectorial encargado de las aguas en Chile realice día a día esta práctica es muy sintomático de lo insuficiente que fue la ley el año 2005. Y da, en mi opinión, más fuerza al argumento de cómo la Constitución jugó -para esta ley en específico- un rol neutralizador que impidió que se lograran reformas sustanciales y que años más tarde la DGA deba recurrir a interpretaciones forzadas para implementar, lo que parece, una verdadera necesidad para la sustentabilidad de los ecosistemas asociadas a cuerpos de aguas.

Propiedad y el derecho humano al agua

Hasta ahora he argumentado sobre las inconveniencias que trae la disposición constitucional comentada. Sin embargo, parte de la doctrina ha comentado sobre las bondades de esta fórmula en relación al derecho humano al agua.

Así, el profesor Vergara ha defendido como el modelo chileno ha logrado altos niveles de satisfacción del derecho humano al agua y al saneamiento, justamente debido a un sistema de mercado que funciona gracias a una fuerte seguridad jurídica provista por la propiedad privada sobre los derechos de aprovechamiento.

Explica, que desde fines de los años ochenta Chile empieza a aplicar un nuevo modelo institucional, otorgando

un rol más importante a la iniciativa privada, entregándole las funciones que antes realizaba el Estado a empresas concesionarias de servicios sanitarios³⁵.

Muestra que este giro, donde se compatibilizan los intereses públicos y privados, ha resultado muy efectivo al generar en el área de funcionamiento de las empresas sanitarias concesionadas (áreas urbanas) una extensión del 99% de cobertura de agua potable, un 96,5% de cobertura de alcantarillado y un 99% de cobertura de tratamiento de aguas servidas³⁶. Cifras en extremo positivas y muy por sobre los países de la región.

Concluye que, de consagrarse constitucionalmente un derecho al agua y al saneamiento, esto sería una mera formalidad, pues una declaración de principios de esta naturaleza no cambiaría mucho la situación³⁷.

Si bien Vergara reconoce que su análisis está basado en torno a estadísticas de sectores urbanos dejando de lado la realidad rural³⁸, estudios más recientes vienen a matizar los datos presentados anteriormente.

Como parte la iniciativa Compromiso País la “Mesa 1: Personas que residen en una vivienda sin servicios sanitarios básicos”, elaboró un completo informe en donde se concluye

³⁵ VERGARA (2017) p.39.

³⁶ SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS (2013)

³⁷ VERGARA (2017) p.35.

³⁸ VERGARA (2017) p.38.

que más de 1,4 millones de personas en Chile viven en una vivienda sin acceso agua potable y saneamiento ³⁹.

Adicionalmente, se mostró que no había una equivalencia total entre área urbana y el área de operación de las empresas concesionarias, existiendo un porcentaje de un 55,8% de áreas urbanas en el país que no cuentan con cobertura de estas empresas⁴⁰.

Estos datos presentan una realidad alarmante, puesto que los fantásticos números que maneja la SISS no se condicen con la realidad urbana, cuando más de la mitad del territorio de las ciudades en Chile no están siendo manejadas por las empresas concesionarias.

Además, el sector rural en Chile muestra números aún más preocupantes. La cobertura de agua potable a la población rural alcanza solo al 52,8% de los habitantes de estas zonas⁴¹.

Recientemente se promulgó la Ley de servicios sanitarios rurales, sin embargo, esta no ha podido tener aplicación debido a que su reglamento no ha sido dictado aún.

Si bien estos estudios son recientes, vienen a generar alerta sobre una temática que algunas personas creían ya solucionadas. La satisfacción del derecho humano al agua y

³⁹ COMPROMISO PAÍS (2020) p. 7.

⁴⁰ COMPROMISO PAÍS (2020) p. 88.

⁴¹ FUNDACIÓN AMULÉN (2019) p. 31.

al saneamiento está lejos de ser alcanzada en nuestro país, ¿realmente podemos afirmar el éxito de nuestro modelo, cuando casi la mitad de nuestros compatriotas en zonas rurales no tienen acceso al agua potable?

Finalmente, lo dicho por el senador Guido Girardi en palabras previas a la votación para la consagración constitucional del agua como bien nacional de uso público me parece que complementan este tema:

“Lo que ocurre en nuestro país es que esas concesiones (derechos de aprovechamiento de aguas) dejaron de ser bienes nacionales de uso público y se convirtieron en propiedad privada, por lo que no son susceptibles de regulaciones: por ejemplo, prioridad de su uso. Y puede darse la paradoja que vemos en Chile: que los seres humanos no tienen agua, pero sí la hay para las plantaciones”⁴².

Cabe recordar que esta reforma constitucional fue rechazada, pese a obtener 24 votos favorables y 12 en contra, al necesitar 2/3 de votos favorables de los senadores en ejercicio.

Conclusiones

Para terminar, me gustaría rescatar ideas de la profesora Verónica Delgado manifestadas en un reciente artículo donde

⁴² GIRARDI (2020)

hace énfasis en que la gestión de las aguas en Chile no es ni sustentable ni resiliente. Que, hasta ahora, la doctrina se ha concentrado en el “núcleo dogmático” de la disciplina y que el Código de Aguas ha transformado las aguas en un bien privado⁴³.

Enfatiza la idea de repensar el derecho de aguas, para ambientalizarlo y hacerlo resiliente al cambio climático, a pensar la disciplina cada vez más alejada del clásico tema de la propiedad de las aguas y cada vez más cerca de las decisiones con bases científicas y participativas, para lograr un derecho ambiental de las aguas⁴⁴.

Así mismo, Ezio Costa ha descrito que la regulación de las aguas en Chile enfrenta cuatro dilemas: el ideológico, el material, el de acceso y disponibilidad y el institucional⁴⁵. Pone especial acento en cómo pareciera que las respuestas al dilema del agua se han pensado solo desde una arista (la ideológica), cuando las aguas representan un desafío que tiene que ser abordado desde los cuatro dilemas descritos y por cierto con un enfoque interdisciplinario.

A mi parecer, lo que plantean estos autores es de vital importancia. Si queremos asegurar la disponibilidad del recurso tanto como para actividades económicas, consumo

⁴³ DELGADO (2019) p.77.

⁴⁴ DELGADO (2019) p.83.

⁴⁵ COSTA (2016) p. 350.

humano y para preservación ecológica, parece necesario que aquella herramienta poderosa que es la política no se encuentre neutralizada y sea capaz de actuar eficazmente, no necesariamente para “derribar el modelo neoliberal”, sino para dar soluciones reales a un problema que como país no podemos seguir ignorando.

El artículo 19 N°24 inciso final, ha servido de freno para reformas transformadoras, ha impedido la efectividad de instrumentos ecológicos y finalmente ha atraído como un imán la discusión jurídica sobre las aguas⁴⁶ con la consecuencia de dejar de lado muchos aspectos de estudio e investigación necesarios para arribar a correctas soluciones para una crisis multifactorial y de posibles consecuencias catastróficas⁴⁷.

⁴⁶ Ver ATRIA Y SALGADO (2015)

⁴⁷ Chile está a solo un puesto de transformarse en un país declarado de “extremo stress hídrico”
WORLD RESOURCES INSTITUTE (2019)

Bibliografía citada

ALFARO JULIO, María Paz (2018): *El agua como bien nacional de uso público y su régimen, análisis comparativo entre la legislación histórica, actual y la reforma al código de aguas*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

ATRIA LEMAITRE, Fernando y SALGADO MUÑOZ, Constanza (2015): *La propiedad, el dominio publico y el régimen de aprovechamiento de las aguas en Chile*. (Santiago, LegalPublishing)

ATRIA, Fernando, SALGADO, Constanza y WILENMANN, Javier (2017): *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. (Santiago, LOM)

BAUER, Carl (2015a): "Water Conflicts and Entrenched Governance Problems in Chile's Market Model", *Water-Alternatives*, vol. 8, N°2: pp. 147-172. Disponible en: <http://www.water-alternatives.org/index.php/alldoc/articles/vol8/v8issue2/285-a8-2-8/file>

Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2020

BAUER, Carl (2015b): *Canto de Sirenas: El Derecho de Aguas Chileno como Modelo para Reformas Internacionales* (Santiago, Editorial El Desconcierto, segunda edición)

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2018): Historia de la ley N°20.017. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/5838/HLD_5838_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2020

BOETTIGER PHILIPPS, Camila (2013): “Caudal ecológico o mínimo: regulación, críticas y desafíos”, *Actas de Derecho de Aguas*, N°3: pp. 1-12

CELUME BYRNE, Tatiana (2013): *Régimen Público de las Aguas* (Santiago, LegalPublishing)

CENTRO DE CIENCIA DEL CLIMA Y LA RESILIENCIA (2015): La megasequía 2010-2015: Una lección para el futuro. Disponible en: <http://www.cr2.cl/wp-content/uploads/2015/11/informe-megasequia-cr21.pdf>

Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2020

COMPROMISO PAÍS (2020): “Mesa 1. Personas que residen en una vivienda sin servicios sanitarios básicos (agua potable y/o baño)” Disponible en: <http://www.compromisopais.cl/mesa1.html>

Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2020

COSTA CORDELLA, Ezio (2016): “Diagnóstico para un cambio: los dilemas de la regulación de las aguas en Chile”, *Revista chilena de derecho*, vol. 43 N° 1: pp. 335-354.

DELGADO SCHNEIDER, Verónica (2019): “Hacia un nuevo derecho de aguas: ambientalizado y resiliente”, *Revista de derecho ambiental de la ONG FIMA*, vol 9, N° 11: pp. 77-83

FUNDACIÓN AMULÉN (2019): “Pobres de agua. Radiografía del agua rural de Chile: visualización de un problema oculto” Disponible en:

http://www.fundacionamulen.cl/wp-content/uploads/2020/07/Informe_Amulen.pdf

Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2020

GEOHIDROLOGÍA CONSULTORES LTDA (2016): “Impacto aplicación caudal ecológico mínimo retroactivo en cuencas de la iv, v y vi región” Disponible en:

<https://snia.mop.gob.cl/sad/ECO5707.pdf>

Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2020

GIRARDI BRIERE, Guido (2020): Diario de la tramitación, discusión general 07/01/2020. Disponible en:

https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDiscusion&nrobol=612409_P&idsesion=8454

Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2020

GREENPEACE (2020): “Greenpeace pide al gobierno asegurar suministro de agua: “El coronavirus acecha a 350.000 chilenos que hoy no se pueden lavar las manos”

Disponible en:

<https://www.greenpeace.org/chile/noticia/uncategorized/>

[greenpeace-pide-al-gobierno-asegurar-suministro-de-agua-el-coronavirus-acecha-a-350-000-chilenos-que-hoy-no-se-pueden-lavar-las-manos/](#)

Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2020

RIVERA BRAVO, Daniela y otros (2019): "Conflictividad judicial de aguas en Chile: caracterización y propuestas para mejorar su prevención y resolución" Disponible en: <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2020/03/CAP-6.pdf>

Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2020

SAAVEDRA CRUZ, Jose Ignacio (2009): "Las aguas como bien nacional de uso público, base para un cambio regulatorio que promueva un uso sustentable, *Revista Ambiental Facultad de Derecho Universidad de Chile Justicia Ambiental*, N° 1

SEGURA RIVEIRO, Francisco (2004): "La reforma al Código de Aguas", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N°215-216

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS SANITARIOS (2013): "Informe anual de cobertura urbanas de servicios sanitarios" Disponible en: https://www.siss.gob.cl/586/articles-10684_recurso_1.pdf

Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2020

VALENZUELA JENSEN, Christian (2011): *Efectos de la aplicación de la patente por no-utilización de los derechos de*

aprovechamiento de aguas. Memoria para optar al título profesional de Ingeniero en Recursos Naturales Renovables

VALENZUELA JENSEN, Christian (2013): La patente por la no-utilización de las aguas en Chile: origen, diseño y primeras experiencias en su implementación. Disponible en:

<http://www.derechoalagua.cl/wp-content/uploads/2013/09/La-patente-por-la-no-utilizacion-de-las-aguas-en-Chile-Valenzuela.pdf>

Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2020

VERGARA BLANCO, Alejandro (2002): "Las Aguas como Bien Público (no estatal) y lo privado en el Derecho chileno: Evolución legislativa y su proyecto de reforma", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N°1: pp. 15-27

VERGARA BLANCO, Alejandro (2015): *Crisis institucional del agua: Descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales* (Santiago, Ediciones UC)

VERGARA BLANCO, Alejandro (2017): *Derecho de aguas. identidad y transformaciones* (Santiago, Ediciones UC)

WORLD RESOURCES INSTITUTE (2019): National Water Stress Rankings. Disponible en:

<https://www.wri.org/blog/2019/08/17-countries-home-one-quarter-world-population-face-extremely-high-water-stress>

Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2020

Normas e instrumentos citados

CHILE, Constitución Política de la República (11/08/1980).

Conservación y protección del patrimonio en Chile: un análisis desde el punto de vista jurídico

Sebastián Parada Benavente

Estudiante Derecho UC, cuarto año

Muchas son las personas que a través del tiempo y a lo largo de todo el mundo han dedicado grandes esfuerzos a la protección y conservación de lo que conocemos como patrimonio. Dependiendo de cada cultura, de cada país, cada pueblo, lo que se reconoce como patrimonio puede variar sustancialmente, abarcando desde magníficas piezas artísticas, hasta bailes, creaciones gastronómicas o importantes obras arquitectónicas, entre muchas otras posibilidades. Sin embargo, dada la amplitud de este concepto, la complejidad de sus elementos, las distintas formas en que se manifiesta, y las diversas maneras en que impacta en ciertos sectores de la población, es que este trabajo de conservación y protección no es para nada sencillo. A decir verdad, el patrimonio no es un concepto uniforme, no

es universal, no es algo que recoja e incorpore a toda la población por partes iguales pues, por el contrario, en muchas ocasiones es un elemento de conflicto. A partir de esta base, no es ninguna sorpresa imaginar que Chile no es la excepción, pues en nuestro país nos encontramos con múltiples realidades que hacen que el área del patrimonio sea un mundo lleno de complejidades.

Como adelantábamos, en Chile nos encontramos con muchísimas situaciones que dan cuenta de que la protección y conservación del patrimonio es una ardua tarea que implica grandes dificultades. Muchos son los problemas que se interponen en el camino de la valorización patrimonial. Por un lado, tenemos el hecho de que nuestro país es una república relativamente nueva en términos históricos, cuya identidad para muchos aún no ha terminado de definirse, con una multiplicidad de pueblos y regiones que difieren mucho entre sí, con un montón de creencias, ritos y tradiciones desconocidos que, por la misma razón, no son reconocidos por todos. Por otro lado, nos encontramos con el problema de que en el grueso de la población de nuestro país no existe una cultura de cuidado, conservación, protección, reconocimiento o valorización real del patrimonio. Muchas son las personas que desconocen los elementos que forman parte de nuestra realidad nacional, y aún más, muchas son las personas que

simplemente no tienen ningún interés en ello. Ahora bien, si nos situamos en el ámbito de la generalidad, y específicamente ponemos los ojos sobre las grandes ciudades de Chile, como por ejemplo Santiago, podemos reconocer un montón de otros problemas que atentan contra esta labor de conservación y dificultan aún más esta tarea.

En este trabajo abordaremos la problemática planteada desde el ámbito urbano, en lo que respecta al área arquitectónica y específicamente a los inmuebles que forman parte de la realidad patrimonial de nuestro país. Pero para comprender bien la situación planteada y que seguiremos desarrollando, consideramos esencial dar una idea previa respecto a qué es lo que se entiende por patrimonio y por su conservación. De acuerdo a la UNESCO, "El patrimonio cultural en su más amplio sentido es a la vez un producto y un proceso que suministra a las sociedades un caudal de recursos que se heredan del pasado, se crean en el presente y se transmiten a las generaciones futuras para su beneficio" (UNESCO, 2014). Por su parte, con la conservación del patrimonio nos referimos al esfuerzo de conservar los elementos patrimoniales de la mejor manera, sin que estos se deterioren. Al respecto, existen muchas situaciones que, desde los inicios de nuestra república, hasta el día de hoy, continúan atentando contra la protección y conservación del patrimonio.

Son muchos los aspectos que se han dejado de lado y se han descuidado, como el desenfrenado crecimiento y desarrollo urbanístico de la gran ciudad, que con el pasar de los años se ha ido expandiendo sin cuidar ni proteger valiosísimas áreas, importantes sectores emblemáticos o construcciones que datan de hace muchos años, lo que da cuenta de la falta de planificación. A esto se suman otros tantos problemas que solo agravan la situación, como los mismos comportamientos del pueblo, lo que muchas veces termina por aportar más al deterioro del valor patrimonial de la ciudad, más que a su protección y conservación, como ha ocurrido con los eventos de vandalización que han terminado por destruir importantes monumentos, incontables estatuas o edificios de gran valor, como ha sucedido en el caso de la Iglesia de la Vera Cruz, el frontis de la Casa Central de la Pontificia Universidad Católica o el Monumento al General Baquedano.

Como señalábamos anteriormente, en este trabajo nos abocaremos a la problemática de la protección y conservación del patrimonio en Chile dentro del área de los distintos elementos arquitectónicos y los inmuebles que forman parte del sector urbano. Si bien son muchos los puntos de vista desde los cuales se puede abordar esta situación, en este análisis nos centraremos en el área del derecho, nos

enfocaremos especialmente en el ámbito jurídico de la protección patrimonial en nuestro país y plantearemos cuál es, para nosotros, uno de los principales problemas que se presenta a este respecto. Si bien es cierto que en Chile existe regulación sobre el patrimonio por parte del ordenamiento jurídico, creemos que esta es insuficiente, y que incluso en ciertos casos puede llegar a generar efectos negativos producto de los desincentivos que se producen. De esta manera, planteamos la idea de que se requiere en nuestro país una mejor regulación, que otorgue mayores garantías de protección y conservación patrimonial, así como mejores incentivos para que la población se preocupe también de este tema. En suma, son varios los desafíos que tenemos pendientes como país.

Iniciamos nuestro análisis desde las bases de nuestra institucionalidad, desde la norma fundamental que informa nuestro ordenamiento jurídico, político, económico, social, entre otros. La Constitución Política de la República es la norma suprema de nuestro Estado-Nación. En ella se establecen los principios generales que rigen la forma en que se estructura nuestra sociedad. Ahora bien, yendo directamente al tema que nos convoca en este trabajo, podemos señalar que, desde el punto de vista del patrimonio, no es mucho lo que tiene que decir al respecto nuestra Carta

Fundamental. Al efecto, en el artículo 19 n°10, inciso 5, que consagra el Derecho a la Educación, se señala lo siguiente:

“Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación” (Constitución Política de la República de Chile, 1980)

Si bien esta norma establece el rol y deber del Estado en relación a la protección e incremento del patrimonio, no es una reglamentación en absoluto acabada respecto a esta materia. Pero debemos ser justos. Que se sienten estas bases en la Cara Fundamental es lo necesario y suficiente para dar paso a una reglamentación mucho más detallada, normada, completa e inteligente, por medio de otras normas de rango infra constitucional. De esta manera, la Constitución da pie para que se establezcan normas, ya sean leyes, decretos, ordenanzas, entre otras, que conforme a ella se enfoquen de forma exhaustiva en la conservación y protección del patrimonio. ¿Cuál es el problema entonces? Estas normas no han sido del todo bien elaboradas, no han demostrado una verdadera intención e inteligencia subyacente que esté a la altura de lo que se necesita para lograr este cometido. De esta manera, la regulación respecto al patrimonio en Chile se perfila como insuficiente y produce serios efectos negativos.

Para poder entender la situación actual en que nos encontramos y analizar mejor cuáles son los efectos que genera la regulación vigente, creemos importante dar cuenta de cuáles son las principales normas que rigen hoy en día en lo que respecta a la conservación y protección patrimonial. En primer lugar, comenzamos por destacar que en nuestro país solo contamos con un cuerpo normativo que nos entrega una definición de lo que se entiende por Conservación del Patrimonio Ambiental. Al respecto, encontramos la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), que en su artículo 2° señala:

“Para todos los efectos legales, se entenderá por:

b) Conservación del Patrimonio Ambiental: el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración”. (Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, 1994).

Ahora bien, esto es solo lo que podría considerarse como la piedra angular en lo que respecta a una regulación jurídica sumamente amplia, pero en ningún caso implica un esfuerzo acabado por reglamentar esta materia. Es por ello que

contamos con normativas que se dedican a complementar y terminar de regular estos aspectos, sin embargo, es en este nivel en donde comenzamos a encontrarnos con los primeros problemas. La mencionada LBGMA incorpora el patrimonio cultural dentro de los aspectos protegidos por sus disposiciones, contemplando un mecanismo preventivo de protección del patrimonio cultural a través de Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Ojeda y Veloso, 2006). Esto ya comienza a darnos algunas luces de cómo se concreta en Chile la protección patrimonial, pero hasta ahora siempre ligada a la protección del medioambiente.

Entonces, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Cómo se protege el patrimonio propiamente tal, aquél que se identifica a sí mismo de manera independiente, distinto del medio ambiente? Al respecto, encontramos la Ley de Monumentos Nacionales y su Reglamento sobre excavaciones y/o prospecciones arqueológicas, antropológicas y paleontológicas (Ojeda y Veloso, 2006). A través de ella es que se establece la acción de tutela del Estado para proteger la identidad del patrimonio en este ámbito, desde un punto de vista mucho más independiente y centrado en el patrimonio en sí mismo. Además, esta ley encarga la tutela de los monumentos nacionales al Consejo de Monumentos Nacionales, fortaleciendo así la esfera de resguardo de estos

elementos patrimoniales. En tercer lugar, en lo que respecta a las normas más importantes en cuanto a regulación, podemos mencionar la Ley y Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, que establece:

“El Plan Regulador Comunal señalará los inmuebles o zonas de conservación histórica, en cuyo caso edificios existentes no podrán ser demolidos o refaccionados sin previa autorización de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo correspondiente” (Ley General de Urbanismo y Construcciones, 1975)

Es importante señalar que, además de las mencionadas leyes que buscan proteger y conservar el patrimonio, existen otras normas que se ordenan a complementar y reforzar esta labor desde distintas áreas del ámbito jurídico, además de la del derecho civil. Así, por ejemplo, en el ámbito administrativo, la Administración del Estado tiene facultades para ejercer potestades fiscalizadoras y sancionadoras de las actividades que potencialmente puedan constituir un riesgo para el patrimonio. También encontramos regulación en el ámbito penal, pues dicho Código sanciona a quienes causen daños en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos. Además, existen sanciones para quienes atenten contra los monumentos nacionales, sin embargo, aun

esta regulación sigue siendo rudimentaria e insuficiente para constituir un sistema de resguardo eficaz (Ojeda y Veloso, 2006).

Ahora bien, ¿por qué decimos que la regulación existente es insuficiente y genera efectos negativos en cuanto a la protección y conservación del patrimonio? Para responder a esta pregunta es necesario explicar cómo actúan o cómo se concretan los efectos que producen estas normativas. Lo que se ha hecho mediante estas disposiciones es crear categorías de protección del patrimonio cultural que operan a través de la afectación de los inmuebles al declararlos como patrimonio, incorporándolos en alguna de estas categorías (Ojeda y Veloso, 2006). ¿Qué implica esa afectación? Esto consiste en una manifestación de la voluntad del Estado, mediante la cual este busca que esos bienes se conserven en el tiempo, de modo que para ello lo que hace es excluirlos del comercio humano. De esta manera, los particulares ya no podrán disponer sobre esos bienes, no podrán hacer uso de sus facultades, no podrán modificarlos, venderlos ni alterarlos. ¿Cuál es el problema de esta forma de regulación? ¿Cuál es el efecto negativo que se genera a partir de esto? El problema está en que muchas veces ocurre que esos inmuebles que son declarados como patrimonio cultural por el Estado,

pertenecen a personas particulares, recayendo sobre ellas la responsabilidad de conservación de esos bienes.

Como las personas particulares siguen siendo los propietarios de esos bienes, a pesar de la afectación que hace el Estado, siguen siendo esas personas las que deben hacerse responsables de esas cargas. Lógicamente esto constituye un alto costo para los privados, pues tendrán que invertir sus propios recursos en conservar un bien que no pueden alterar, no pueden modificar en forma alguna, y lo que es peor, no pueden vender sin autorización. ¿Qué efectos negativos ha traído esto en la práctica? Muchas veces se ha visto que los particulares, con el fin de que el Estado desafecte sus bienes, es decir, los deje de considerar como patrimonio cultural, comienzan a dejar que estos se deterioren para que así pierdan su valor histórico, permiten que se desvaloricen, incluso llegando a destruirlos para que ya no sean de interés del Estado y así conseguir autorización para su demolición o enajenación. En pocas palabras, esta regulación hace que para los privados sea una verdadera tragedia que sus bienes sean afectados por el Estado al declararlos como patrimonio cultural. Esto genera enormes pérdidas patrimoniales tanto a los propietarios como a los mismos inmuebles, los cuales entran rápidamente en un proceso de deterioro constante. Esto es lo que podría entenderse como una especie de

expropiación, pero sin indemnización para los particulares (Ojeda y Veloso, 2006).

Por otro lado, y haciendo un análisis jurídico respecto a las garantías constitucionales de las personas, podemos identificar aquí también un problema en cuanto a los derechos de los particulares. Mediante la declaratoria de afectación de los inmuebles, los privados verán menoscabados sus derechos, partiendo por el derecho de propiedad, pues serán despojados de las facultades propias de tal derecho que tienen las personas sobre sus propios bienes, de modo que no podrán usar, gozar ni disponer de ellos. Perderán su valor económico, además de muchos recursos que hayan invertido anteriormente en dichos inmuebles. Además, como son estos mismos particulares los que deberán hacerse cargo de su conservación, se aprecia aquí también una vulneración a la garantía constitucional de la igual repartición de las cargas públicas, pues de esta manera se estará imponiendo a una persona una carga superior a las demás, por el solo hecho de ser propietario de un inmueble declarado como patrimonio cultural.

Pero no debemos creer que esto afecta solo a unas pocas personas, basta pensar realidades tan cotidianas y simples como lo es, por ejemplo, el caso del Colegio Universitario Inglés, ubicado en la comuna de Providencia.

Esta construcción, de acuerdo con el Plan Regulador Comunal, está clasificada como inmueble de Conservación Nacional, razón por la cual no se puede alterar o modificar, ni mucho menos vender sin previa autorización. Claramente esto generaba serios inconvenientes para los propietarios y la dirección del establecimiento, quienes no podían realizar trabajos de mantención o restauración con la libertad y agilidad que se requiere en el caso de un colegio, afectando a cientos de alumnos y alumnas. Finalmente, ese establecimiento tuvo que cerrar sus puertas en el año 2019 por problemas de insostenibilidad económica, sin embargo, era de conocimiento público que la Congregación de las Esclavas del Sagrado Corazón de Jesús, propietaria del inmueble, venía intentando desde hacía tiempo vender el edificio, pues su conservación ya se hacía insostenible desde hace varios años. Actualmente el destino de este colegio es incierto.

En síntesis, y habiendo señalado cuáles son los principales cuerpos normativos que rigen en esta materia, retomamos la idea de que la regulación jurídica respecto a la conservación y protección del patrimonio en Chile es ineficiente y produce efectos negativos tanto en los particulares como en los inmuebles mismos. Esto quiere decir que la normativa vigente genera externalidades negativas, toda vez que como consecuencia de las afectaciones que

realiza el Estado, se producen incentivos para que los mismos propietarios dejen de invertir recursos en ellos, dejen de preocuparse por su mantención o derechamente acaben por destruirlos con la finalidad de que sean desafectados para así poder volver a disponer de ellos, para recuperar algo de lo que perdieron y dejar de ser responsables por la dura e injustificada carga que significa ser dueño de un inmueble declarado patrimonio cultural. De esta manera, al hacer un análisis de la situación actual, queda de manifiesto que son varias las falencias de la regulación vigente, de modo que la temática de la protección y conservación del patrimonio en Chile, al menos en el ámbito jurídico, es un campo que presenta una inmensidad de desafíos, los cuales deberán ser asumidos por las autoridades correspondientes para hacer frente a esta problemática y frenar la terrible pérdida que ha sufrido durante años y sigue sufriendo día a día el patrimonio urbano en las diversas ciudades del país.

Bibliografía citada

Ojeda Alarcón, G y Veloso Telias, C. (2006). *Derecho ambiental: Problemas para la conservación del Patrimonio Cultural en Chile*. (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile). Recuperada de <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fjo.39d/doc/fjo.39d.pdf>

UNESCO. (2014). En *Indicadores UNESCO de cultura para el desarrollo* (Patrimonio). Recuperado de https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd_manual_metodologico_1.pdf

Normas citadas

Constitución Política de la República de Chile, 1980, art. 19 n°10.

Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, 1994, art. 2, letra b).

Ley General de Urbanismo y Construcciones, 1975, art.60.

Ley de Portabilidad Financiera en Chile

Diandra Gutiérrez Silva

Estudiante de segundo año Derecho UC

La ley de Portabilidad Financiera promulgada en junio de 2020, en su artículo 1 establece: *“Esta ley tiene por objeto promover la portabilidad financiera, facilitando que las personas, micro y pequeñas empresas se cambien, por estimarlo conveniente, de un proveedor de servicios financieros a otro, o de un producto o servicio financiero vigente a otro nuevo contratado con el mismo proveedor”*¹. En consecuencia, la ley buscaba un aumento en el volumen de transacciones, mayor competencia entre los bancos, disminuir las barreras de salida de los clientes, entre otros. Sin embargo, la ley en sí no va a generar este efecto, pues hay problemas en dicha normativa que podrían provocar confusión en su implementación, tanto para las entidades bancarias como para los consumidores. Problemas que analizaremos a continuación.

¹ Ley 21.236 (2020)

En primer lugar, en el artículo 4 de la ley establece lo siguiente:

“El proceso de portabilidad podrá comprender las siguientes modalidades:

a) Portabilidad sin subrogación: proceso que tiene por objeto contratar productos o servicios financieros con un nuevo proveedor y obtener el término de uno o más productos o servicios financieros que el cliente mantenga vigentes con el proveedor inicial, extinguiendo en consecuencia todas las garantías que caucionan dichos productos o servicios.

b) Portabilidad con subrogación: proceso por el cual el cliente contrata un nuevo crédito con un nuevo proveedor con la finalidad de pagar un crédito que el cliente mantiene con un proveedor inicial, produciéndose con ello una subrogación especial de crédito.

Un mismo proceso de portabilidad podrá operar bajo ambas modalidades para distintos productos o servicios financieros.

El proceso de portabilidad financiera podrá tener lugar tanto entre productos o servicios financieros otorgados por

distintos proveedores, como entre productos o servicios financieros otorgados por el mismo proveedor”

En efecto, menciona un procedimiento que puede ser de dos modalidades: portabilidad sin subrogación y portabilidad con subrogación. El primero, hace referencia a los clientes, en el cual, las garantías serán extinguidas, pues no hay una intención de que estas perduren. Cabe destacar que, no tiene carácter crediticio, pues el cliente le entrega un mandato al proveedor para que este pueda terminar la relación con el proveedor anterior. En cambio, la portabilidad con subrogación se refiere a una relación de crédito, es decir, si el cliente quiere mantener las garantías existentes debe realizarlo mediante este procedimiento. ¿Cuál es el problema en particular? El consumidor, al momento de decidir, debe saber la diferencia entre estas dos modalidades o saber si uno de los productos tiene disponibilidad en el otro banco, de ahí que es una decisión de parte del consumidor sin ningún tipo de orientación ni apoyo en particular.

En segundo lugar, en el artículo 5 de la ley se refiere a la solicitud de portabilidad en su inc. 5º:

“En caso de que el cliente desee refinanciar uno o más productos financieros con créditos disponibles no

desembolsados o créditos rotativos, y no solicite su respectivo bloqueo, de conformidad al inciso sexto del artículo 17 D de la ley N°19.496, la solicitud de portabilidad podrá incluir el compromiso del cliente de no aumentar dichas deudas por sobre un monto determinado. Con la entrega del referido compromiso se entenderá que el cliente acepta que los mencionados productos sean bloqueados de conformidad a lo señalado en el artículo 10.”

Recordemos que en el art. 17 letra D de la Ley N°19.946 regula los contratos de créditos hipotecarios, en los cuales se requiere un estudio de título o una tasación del inmueble, cuyo resultado debe ser entregado al cliente lo antes posible y no al momento de refinanciarlo. Asimismo, el artículo 3 bis de la norma señalada menciona el derecho a retracto del consumidor, mediante el cual podrá poner término unilateralmente al contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto, o desde la contratación del servicio y antes de la prestación de este, en los casos señalados por la ley. Específicamente, en el art. 3 bis letra B, en el caso de los contratos celebrados por medios electrónicos o cualquier forma de comunicación a distancia, el retracto se contará desde la fecha de recepción del bien o desde la celebración del contrato. Por lo tanto, se podría generar una contracción entre la ley de portabilidad financiera y la ley de

protección al consumidor porque como el cliente tuvo la oportunidad de retracto, no tendría posibilidad durante el contrato ya perfeccionado, pues se entiende que acepta. Claramente es una contraposición a los art. 17 letra D y el art. 3 bis de la Ley N° 19.946 que fueron utilizados a modo de ejemplo comparativo.

En tercer lugar, se debe cumplir con exigencias crediticias que no todos los clientes cumplen. Una de ellas es la capacidad de pago, pues la barrera aumenta para clientes endeudados o que no ganan suficiente dinero. Esta es una realidad que enfrentan la mayoría de los chilenos, pues las estadísticas del Banco Central del año 2019² detallaron que el porcentaje que una familia destina a pagar deudas en un año es de un 50,3% del PIB. Asimismo, informó que el nivel de endeudamiento llegó a 74,5% en ese mismo año, con un incremento de 1,9% a comparación del 2018³. Entonces, podemos cuestionarnos si esta ley podrá tener una aplicación masiva y generar una familiarización con las personas tal como lo fue la portabilidad numérica. Esto se relaciona estrechamente con el riesgo de créditos, ya que, la entidad bancaria discrimina a clientes que no han cumplido con sus pagos u otros problemas, en el cual, es comprensible

² Informe de Estabilidad Financiera (2019)

³ Informe de Estabilidad Financiera (2018)

rechazarlos porque no pueden aceptar clientes que pueden provocar riesgos financieros. En consecuencia, beneficiará a quienes tienen mejor situación crediticia, sin implicar un mejor acceso a productos y servicios financieros, como se pretendía inicialmente.

A modo de conclusión, la ley no busca el beneficio del consumidor como tal, sino de mejorar las condiciones crediticias de las empresas bancarias, pues incentiva el aumento del volumen de transacciones y a los bancos les conviene usar este modelo de portabilidad. Hay mayor competencia y asimismo, disminuye las barreras que existían porque se reducen esos costos de transacción. También, genera incentivos de parte de los proveedores originales de mejorar las condiciones de sus mejores clientes para que no realicen la portabilidad financiera. No obstante, podemos ver que muchos chilenos se ven dificultados de acceder a la portabilidad por las condiciones de pago que establece la ley. Además, no solo los afectados son los consumidores, sino las entidades bancarias, ya que, si no surgen los efectos deseados dentro del mercado, no hay movimiento en el servicio financiero. Esto se ha visto reflejado en los meses posteriores a la promulgación de la ley; de hecho, según el Diario Financiero, a fines de septiembre ningún cliente ha hecho uso de la alternativa.

La heterosexualidad como norma en la jurisprudencia del TC¹

Paula Castillo Concha

Estudiante de Derecho UC, cuarto año

Introducción

La abogada Yanira Zúñiga, en una columna de opinión en el medio Ciper Académico² analizó en profundidad los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 774-2019³, otra más que se suma a la lista de sentencias emitidas por el tribunal en que el voto de mayoría ha tomado decisiones relacionadas con cuestiones de género que descansan en una pasmosa pobreza argumental, pues los Ministros no explicitan su posición ideológica, y en cambio la presentan como un argumento en discusiones de derecho.

En este contexto, el siguiente texto tiene por objeto explicar de manera resumida y concisa el criterio del Tribunal Constitucional y por qué debemos mirarlo con ojos críticos, para exigir una argumentación adecuada para la gravedad de los asuntos que le son sometidos a su conocimiento.

¹ *Ius ad Populum* (2020).

² Zúñiga en Ciper Académico (2020)

³ Requerimiento de inaplicabilidad (2020)

Conceptos previos

El Tribunal Constitucional es un órgano del Estado, independiente y autónomo, cuya función, entre otras, es velar por la constitucionalidad de las leyes y decretos, de manera de asegurar que cualquier normativa que se dicte se enmarque en los límites constitucionales.

Una sentencia es la resolución judicial definitiva dictada por un juez o un tribunal que pone fin a la litis o caso sometido a su conocimiento y cierra definitivamente su actuación en el mismo.

La acción de inaplicabilidad tiene por objeto examinar la constitucionalidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial se impugne por estimarse contrario a la Constitución.

El asunto discutido

Cristina y Cecilia presentaron un recurso de inaplicabilidad con el objeto de que fueran declaradas inconstitucionales dos normas que limitan el reconocimiento pleno en Chile de matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero. Es decir, a través de la interposición de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, lo que buscaban eran que el Tribunal Constitucional dejara sin efecto, para su

caso concreto, algunas disposiciones legales que resultaban contrarias a la Constitución, por discriminarlas a ellas por su homosexualidad y a su hijo, por no poder inscribirlo en el Registro Civil como hijo de ambas.

Respuesta del Tribunal Constitucional

La mayoría de los Ministros que debían pronunciarse rechazaron el recurso de inaplicabilidad, es decir, dijeron que la aplicación de esas disposiciones legales no era contraria a la Constitución y no había fundamento para que no las rigiera a ellas ni a su hijo.

El argumento al que recurrieron, según Zúñiga, equiparaba implícitamente las uniones homosexuales a otra clase de vínculos que califica como intolerables, tales como “los matrimonios polígamos en países musulmanes, o el matrimonio de niños de países africanos, o aquellos convenidos por los padres en la sociedad japonesa, y las bodas masivas de parejas que se celebran en la secta Moon, en Corea del Sur, entre otros”.

Reprochabilidad del argumento

Según Zúñiga, “el voto de la mayoría de esta sentencia se suma a un ya abultado grupo de decisiones relacionadas

con cuestiones de género que, lamentablemente, descansan en una pasmosa pobreza argumental”.

Ello pues el Tribunal Constitucional argumentó que no puede hablar de discriminación por la categoría sospechosa de orientación sexual, ya que la diferencia no radica en si se trata de personas homosexuales o heterosexuales, sino en que la institución matrimonial en Chile es una unión entre un hombre y una mujer, por lo que una persona homosexual puede contraer matrimonio en Chile si lo hace con una persona del sexo opuesto.

La afirmación del Tribunal Constitucional, según Zúñiga, equivale a sostener que la imposibilidad de acceder a los derechos que confiere el matrimonio se produce como consecuencia de la decisión de una persona de no sujetarse a la heteronormatividad (pudiendo y/o debiendo hacerlo) y no a resultas de la decisión legislativa que sólo permite que las parejas heterosexuales puedan acceder al régimen matrimonial.

Cuestionamiento y adaptación

En el ejercicio de las competencias del Estado para regular una institución como esta, ¿el legislador está facultado a utilizar un factor sospechoso de discriminación (la orientación sexual) para fundar sobre este una diferenciación

que limita los derechos de quienes integran un grupo familiar, sin aportar argumentos justificativos susceptibles de ser considerados razonables? Tanto para Zúñiga como para mí no lo está. El matrimonio debe configurarse de acuerdo a la evolución de las concepciones de familias y para actualizar las funciones sociales de esta institución en las relaciones del Siglo XXI.

Bibliografía citada

Comentario de Jurisprudencia “La heterosexualidad como norma en la jurisprudencia del TC”. Disponible en: https://www.instagram.com/p/CBkE0HKnxOO/?utm_source=ig_web_copy_link. Fecha de consulta: 29 de octubre de 2020.

Columna de opinión de Yanira Zúñiga en Ciper Académico. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2020/06/11/la-heterosexualidad-como-norma-en-la-jurisprudencia-del-tc/>. Fecha de consulta: 18 de junio de 2020.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 12, INCISO FINAL, DE LA LEY N° 20.830 Y DE LA FRASE “SIEMPRE QUE SE TRATE DE LA UNIÓN ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER” CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 80, INCISO PRIMERO, DE LA LEY N° 19.947 (2020): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 774, 4 de junio de 2020.

Libertad a los Presos de la Revuelta

Patricio Millaqueo

Estudiante Derecho UC, cuarto año

Se ha planteado a los medios de comunicación por un grupo de parlamentarios de Convergencia Social la idea de poder otorgar la libertad a los denominados “presos de la revuelta”, haciendo referencia a todos aquellos que se encuentran actualmente en prisión preventiva como imputados por diversos delitos, entre ellos, robo en lugar no habitado, lanzamiento de bombas molotov, incendios, maltrato de obra a carabineros, etc. Coherentes con su doctrina, se han sumado también a la idea diputados del Partido Comunista y algunos actores sociales siempre afines a estas causas, como el jesuita Felipe Berrios, Fernando Atria, la FECH, y diversas organizaciones de izquierda. En la mayoría de estos casos no se cuestiona la participación en los hechos que se les imputan a los privados de libertad sino que incluso, según señala una diputada a Radio Cooperativa, “aquello (la comisión de delitos) habría hecho posible el triunfo del 25 de octubre”.

El principal argumento que se esgrime por este sector es la aplicación de la prisión preventiva, considerándola

desproporcional y excesiva en cuanto a su duración, mencionando que varios de estos imputados llevan aproximadamente un año sometidos a esta medida cautelar. Cabe señalar que esta crítica no es nueva y tiene un sólido fundamento, entendiendo que doctrinariamente se concibe con el carácter de excepcional o último medio para asegurar los fines del procedimiento cumpliendo con los requisitos previstos en el artículo 140 del Código Procesal Penal.

Lo solicitado por los diputados tiene un punto que se debe analizar y no es el hecho de querer justificar la violencia, aspecto del cual nadie debería sentirse hoy sorprendido tomando en consideración los autores políticos de la iniciativa y sus promotores del “mundo social”. El punto radica en que efectivamente la prisión preventiva debe ser hoy objeto de análisis, debido a que en la práctica se aplica como la regla general, abandonado así su carácter excepcional. Según datos de la Defensoría Penal Pública¹, en los últimos 18 años 33.000 personas habrían sido sometidas a prisión preventiva para finalmente ser absueltas, dónde las causas de error más comunes y determinantes al momento de otorgar esta medida cautelar fueron la mala conducta de agentes del estado, la falsa confesión, el error pericial, entre otras.

¹ Proyecto Inocentes. Disponible en: http://www.proyectoinocentes.cl/sala_prensa/noticias_detalle/188/mas-de-33-mil-inocentes-estuvieron-en-prision-preventiva-en-los-ultimos-18-anos

Sin embargo, la iniciativa de los diputados no busca entrar a la raíz del problema analizado y la crítica jurídica que se le hace al otorgamiento de la prisión preventiva es sólo utilizada como un adorno a sus intereses. Siguiendo la línea de los legisladores, es injusto que los nobles y heroicos “presos de la revuelta” se encuentren en prisión preventiva, pero en vez de entrar a discutir en el ámbito legislativo medidas tendientes a solucionar el uso excesivo de esta medida, que ha vulnerado el derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia de miles de imputados, se enfocan y buscan darle un trato privilegiado a un pequeño grupo de personas por el sólo hecho de haber cometido los delitos en el “contexto de estallido social”, aspecto que se ve reforzado cuando la diputada Vallejos se refiere a ellos como “nuestros presos”.

Es de esperar que las próximas propuestas legislativas no se enfoquen en dar un trato preferencial a ciertos grupos, buscando indultos o amnistías para “sus presos”, sino que se estudien medidas para solucionar un problema concreto que tenemos hoy, que es el uso excesivo de la prisión preventiva, evitando así que cifras como las que entrega la Defensoría se sigan repitiendo.

La importancia del artículo 119 ter del Código Sanitario en la consagración de la objeción de conciencia y su defensa ante la exigencia de “Médicos por la vida” a la derogación total y expresa de la ley 21.030

Gabriela García Troncoso

Estudiante Derecho UC, tercer año

Uno de los temas constitucionales más debatidos en los últimos años ha sido el aborto, y no solo en el medio nacional, sino en gran parte de los países occidentales. No es de extrañar, por tanto, el manifiesto médico de octubre 2020 publicado en el diario El Mercurio a nombre de “Médicos por la vida”. Este documento, firmado por 250 profesionales de la salud, más que un llamado o una propuesta a la futura Convención Constituyente, exige la derogación total y expresa de la Ley 21.030, conocida como Ley de Aborto en Tres Causales.

Mucho se ha comentado sobre el conflicto entre el derecho a la vida del feto y la despenalización de la conducta de la mujer que busca la interrupción de un embarazo contemplado en estas tres causales. En esta columna no busco posicionarme en un lado en particular de esa discusión ni repetir los argumentos expuestos por los distintos actores frente al Tribunal Constitucional, sino que busco revivir un concepto clave que los firmantes del manifiesto parecen haber olvidado: la objeción de conciencia.

La Ley 21.030 modificó ciertos artículos del Código Sanitario, entre ellos, el 119 ter. Fue precisamente este artículo el que motivó la discusión de este tema en el capítulo segundo de la sentencia (ROL 3729-17, Sentencia parte tres, considerando centésimo vigésimo segundo). La objeción de conciencia fue definida como “el derecho a no ser obligado a cumplir, por razones de conciencia, las imposiciones de la ley” y “el rechazo a una práctica o deber que pugna con las más íntimas convicciones de la persona”.

Este concepto, si bien ha sido desarrollado por la doctrina, no ha sido definido dentro de nuestra legislación. El artículo 119 ter del Código Sanitario, según el considerando centésimo vigésimo tercero de la sentencia y el artículo “Noción y argumentos sobre la objeción de conciencia al aborto en Chile” de la Revista Bioética y Derecho de la

Universitat de Barcelona, es el primer intento en nuestra legislación en regular en forma práctica este derecho. Esto consagra un importante avance en la materialización del artículo 19 número 6 de la actual Constitución Política, que consagra el derecho a la libertad de conciencia.

La relevancia del artículo 119 ter como vía de materialización del 19 número 6 de la Constitución radica en que no son muchas las Constituciones, y así las legislaciones, que reconocen explícitamente un efecto liberatorio al ejercicio de la objeción de conciencia, siendo algunas de las excepciones la Constitución española de 1978 al referirse a las obligaciones militares, y la Constitución paraguaya, en términos generales.

El artículo del Código Sanitario señala: “podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiese manifestado su objeción de conciencia al director del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. De este mismo derecho gozará el resto del personal al que corresponda desarrollar sus funciones al interior del pabellón quirúrgico durante la intervención. En este caso, el establecimiento tendrá la obligación de reasignar de inmediato otro profesional no objetante a la paciente”.

No resulta sino curioso que los profesionales de la salud firmantes minusvaloren tal avance legislativo a favor de su derecho a abstenerse de ejecutar un mandato general, siendo que hay autores que sostienen que la objeción de conciencia no es un derecho fundamental, sino una concesión pragmática del ordenamiento jurídico, un privilegio para el objetor y una vulneración a la igualdad ante la ley.

Cabe recordar que la redacción original del 119 ter sí padecía de vicios de constitucionalidad, por lo que fue modificado por el Tribunal Constitucional en su momento, liberando al actual artículo de su antecesor de las discriminaciones arbitrarias que padecía; abriendo la puerta a la objeción de conciencia institucional fundándose en la autonomía de los cuerpos intermedios; y eliminando las barreras procedimentales que entorpecían la implementación de la objeción de conciencia.

Me parece curioso que profesionales de la salud busquen derogar una ley que, si bien abre el debate sobre la legitimidad de la interrupción del embarazo, innova y zanja, gracias a las modificaciones establecidas por el mismo Tribunal Constitucional que critica, en un derecho tan fundamental como la vida; la libertad de vivir la vida acorde a nuestros más íntimos valores y concepciones, pues qué sentido tiene vivirla si no existe una garantía que nos permita preferir

nuestras creencias por sobre una imposición estatal sin que acarree una consecuencia coactiva.

Evidencia de lo anterior es que para el 19/07/2019, para un total de 1.148 gineco-obstetras contratados en los servicios de salud públicos, un 20,7% objeta a la causal uno; 28,6% a la causal dos y 50,5% a la causal tres, observándose en el transcurso de un año, un 3,3% de aumento de objetores para esta última causal.

Creo fundamental que esta materialización práctica de la libertad de conciencia no sea derogada. Constituye un avance en el reconocimiento de la diversidad de pensamiento existente en nuestro país, posibilita la libertad de acción y es una garantía de la persona humana frente al Estado. Si bien creo que el debate sobre la legitimidad del aborto no está zanjado ni jurídica ni socialmente, sostengo que una derogación total y expresa de la ley 21.030 - que no solo contiene las causales de interrupción del embarazo, sino también esta importante innovación en el respeto al fuero interno- no sería más que un retroceso en el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona.

Aunque me considero una partidaria de la objeción de conciencia como derecho fundamental, tanto personal como institucional, es importante recalcar que este derecho no es

absoluto. Es más, debe ser interpretado restrictivamente. Bernard Dickens postula que aun cuando la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, cuando se otorga la correspondiente vigencia legal en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se aclara que estas libertades se encuentran restringidas por las limitaciones prescritas en la ley, necesarias para la protección de la seguridad, la salud, el orden o moral públicos, y por los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Personalmente creo que el límite de la objeción de conciencia sanitaria, en este caso, consiste en no vulnerar un derecho consagrado legalmente, que no solo obtuvo la mayoría necesaria para aprobarse en el Congreso, sino que pasó por el "filtro" del Tribunal Constitucional. No corresponde abusar de este derecho a fin de limitar el acceso oportuno y eficaz de las mujeres a las prestaciones garantizadas en la Ley 21.030, concretamente el derecho de la mujer para acceder a la interrupción del embarazo si su situación se enmarca en las tres causales, de manera legal, eficiente, oportuna, segura y sin discriminación.

Bibliografía:

Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N° 9895-11. Sentencia Tribunal Constitucional Chileno, Rol 3729-17, de 02 de agosto del 2017

MONTERO, Adela, RAMÍREZ- PEREIRA, Mirliana (2019): “Noción y argumentos sobre la objeción de conciencia al aborto en Chile”. *Revista Bioética y Derecho de la Universitat de Barcelona*, vol. XLIX: pp. 59 - 75.

DICKENS Bernard (2014): “Objeción de conciencia y compromiso de conciencia”. *Bioética, reproducción y familia* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales)

El derecho Administrativo Sancionador y la prohibición de exceso: ¿se encuentra esta disciplina a la altura del respeto del principio de proporcionalidad?

Sebastián González Farfán

Estudiante UC, cuarto año

I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

Todas las actuaciones conllevan consecuencias, siendo en ciertos casos positivas, pero en otros negativas. Es en este último escenario en el cual se debe sancionar; por ejemplo, a un niño que golpeó a otro por mero capricho debe hacersele saber que ello está mal de forma verbal o, de ser necesario, castigarlo sin comer un caramelo para que así entienda lo incorrecto de su actuar. El Derecho Penal no dista mucho de dicha lógica, en el sentido que, ante conductas gravemente antisociales, sea por un sentido retribucionista, de reinserción social, de prevenir que se cometan otra vez por distintos sujetos o por alguna otra consideración, se procede a

sancionar a través de un proceso penal previo. En dicha imposición de sanción, denominada pena, se tienen en consideración distintos principios que van en vista de que la superioridad del Estado frente al infractor resulte en excesos que dejen en una indefensión a este “inferior” que es el imputado. Uno de estos principios es el de proporcionalidad, el cual se traduce en un equilibrio entre el hecho y el procedimiento que culmina con la sanción o, dicho en otras palabras, una prohibición de exceso¹. Ello influye, por ejemplo, que ante la comisión de un delito de menor entidad –como una lesión menos grave–, necesariamente debe aplicarse una sanción menor que uno de mayor entidad –como un homicidio–, si es que entre estos delitos solo existe una diferencia de resultado.

El Derecho Penal ha aplicado sin mayores problemas este principio –aunque en ocasiones no se encuentra exento de problemáticas–, pero es el Derecho Administrativo Sancionador, disciplina que cada vez va teniendo más cabida en nuestro derecho, el que muchas veces pareciera no recoger ni aun de manera implícita este principio. Esto resulta extremadamente preocupante, ya que el incumplimiento de este tan esencial principio se transforma en una situación ante la cual el posible infractor se abstiene de actuar de toda

¹ CORDERO (2015) p. 93-94.

forma: todas las acciones tienen un cierto riesgo y pueden causar efectos perniciosos para el mundo que rodea al ser humano, por lo que, ante la incertidumbre de cuál será la sanción que en concreto se impondrá, se genera un incentivo a abstenerse de realizar actividades económicas que en ciertos casos pueden ser necesarias, o bien, a elevar el costo de estas actividades, lo que conlleva al mismo tiempo un impacto social.

A través del presente trabajo se buscará certificar acerca de la presencia -o no- del principio de proporcionalidad en la normativa del derecho administrativo sancionador, además de comprobar si se cumple en la práctica con esta institución tan esencial. Conforme a lo que se abordará, el principio es respetado en escasos subsistemas sancionadores, por lo que es necesaria una reformulación del ordenamiento jurídico relativo al tema que logre recoger de mejor manera esta garantía al infractor, el cual es, en última instancia, el ciudadano que debe ser protegido ante la potestad punitiva del Estado. Para su tratamiento, se procederá a analizar distintas normativas, al igual que jurisprudencia y doctrina que han tratado el tema.

Debido a la existencia de numerosos subsistemas sancionadores, para lograr una mejor profundización se hará una selección de algunos de ellos. En primer lugar, se tratará

el principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho Social. En un segundo acápite se continuará con el área del Derecho de los Consumidores. En tercer lugar, se analizará el área del Derecho Ambiental, para luego, como cuarto apartado, terminar con el área relativa al Mercado Financiero (entiéndase, mercado de valores y otros). Por último, se convergerá en una comparación entre los distintos subsistemas analizados para dejar de manifiesto la falta de este principio en algunos de estos, mientras que en otros se respeta, para luego realizar una síntesis de todo lo expuesto en el trabajo.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LOS DISTINTOS SUBSISTEMAS SANCIONADORES

El principio de proporcionalidad consiste en una prohibición de exceso, componiéndose de las dimensiones de idoneidad, equilibrio y necesidad². La idoneidad es referida a que la sanción sea la más apta para lograr el objetivo deseado, frente a lo cual la sanción puede ser excesivamente apta, en el sentido que podría lograrse la misma solución por medio de una medida menos gravosa; o excesiva referida a

² CORDERO (2015) p. 94.

una des adecuación al objetivo, atendiéndose a que se necesita una sanción más contundente. El equilibrio o proporcionalidad en sentido estricto es una limitación referida a que no se vaya más allá con respecto a los intereses existentes. La tercera dimensión, relativa a la necesidad, es referida a que se escoja la medida menos gravosa para los intereses involucrados, los que en opinión de la jurisprudencia conforme se verá más adelante, no son exclusivamente los del infractor sancionado. En palabras de Bermúdez³, este principio se refleja en la necesidad de que la sanción impuesta se corresponda con la entidad o cuantía de la infracción, frente a lo cual es necesario el establecimiento de criterios que sean reveladores y, al mismo tiempo, delimitadores de este *ius puniendi* estatal, para así, cuando se proceda al análisis judicial, se pueda verificar el respeto de este principio. Desde otro punto de vista, la existencia de este principio se ve claramente respetado o vulnerado si conforme a la fundamentación dada por el órgano administrativo, tanto el infractor como terceros interesados y el juez puedan comprender que la medida impuesta se corresponde a dicha entidad de la infracción, y que no fue una decisión caprichosa de la Administración.

³ BERMÚDEZ (2011) p. 290.

Para el respeto del principio de proporcionalidad resulta evidente que lo primero que debe existir son una serie de criterios que permitan escoger la sanción en concreto que se impondrá, como también su severidad. Estos criterios pueden ser muchos, pero los más básicos⁴ serían el considerar la capacidad económica del infractor, el daño causado, la reincidencia, intencionalidad, entre otros. Sin embargo, este principio no radica exclusivamente en la existencia de dichos criterios, sino también con respecto a, puede defenderse, la prescripción de la acción persecutora de la responsabilidad, como se desarrollará más adelante. De esta forma se va en línea con los fundamentos de este principio de evitar la arbitrariedad y conseguir el fin público, el cual consiste en la protección del bien jurídico y lograr unas buenas políticas públicas⁵. La aplicación de las sanciones siempre debe ir en línea con estos objetivos, ya que es propio de todo Estado de Derecho que se proteja a los ciudadanos, siendo ellos los infractores o los afectados por la infracción.

Como se estableció anteriormente, es menester estudiar estos subsistemas de manera separada, respondiendo al tratamiento que el mismo legislador y órganos han dado al dictar normativas que, en algunos casos, distan enormemente

⁴ *Ídem* pp. 291-293.

⁵ Osorio (2017) pp. 114-115.

con respecto al tratamiento y respeto de este principio de prohibición de exceso.

1. DERECHO SOCIAL

El primer subsistema que se procederá a analizar es el Derecho Social, rama del Derecho que comprende las distintas subramas del derecho del trabajo y el derecho de seguridad social. En esta área, la normativa tiende expresamente a la protección de la parte más débil –vale decir, el trabajador–; pero se puede afirmar, como se dejará en cuenta en este acápite, que se olvida de otra relación de asimetría y abuso, compuesta por el empleador –sobre todo cuando éste no es de una gran sofisticación y capacidad económica– y el Estado.

En el Código Laboral se contemplan, ante la inexistencia de una sanción en específico, rangos frente a los cuales el órgano administrativo (es decir, el inspector correspondiente) puede imponer la multa en concreto atendiendo a la gravedad de la infracción: para las pequeñas empresas, el rango es de 1 a 10 UTM; para las medianas, de 2 a 40 UTM; y por último, para las grandes empresas, de 3 a 60 UTM⁶. Es el artículo 505 bis el que define cuál es el tamaño de la empresa, atendiendo a la cantidad de trabajadores que se encuentran contratados

⁶ CÓDIGO DEL TRABAJO, Chile.

por ella. Ya despierta el primer llamado de alerta, en consideración a que el criterio referido a la cantidad de trabajadores resulta de todo artificioso, ante la referencia a un criterio que, según parece, busca reemplazar el atenerse a la capacidad económica del infractor. Ello resulta un enorme error, debido a que con los avances tecnológicos de los últimos años, una empresa con mayor capacidad económica puede tener una menor cantidad de trabajadores mediante la automatización de las faenas de producción; por otro lado, las empresas que tengan menos capacidad económica y, producto de ello, acceden con mayor dificultad a estas tecnologías, tendrán más trabajadores. Si una empresa del primer tipo señalado comete la misma infracción que una del segundo tipo, se impondrá una menor sanción a la primera por su menor cantidad de trabajadores contratados. ¿Es ello acorde al principio de proporcionalidad, derivado de la igualdad ante la ley y el debido proceso? Resulta complicado afirmarlo. Podría esgrimirse como argumento que, ante la existencia de menos trabajadores, siendo este el bien jurídico protegido, habría una menor afectación. Sin embargo, bien puede sostenerse que lo protegido no es exclusivamente los trabajadores de dicha empresa en concreto, sino que lo que se busca es otorgar una certeza a los trabajadores de que

podrán volver en el mismo estado en el que se ingresó a la faena, repercutiendo de forma directa a la economía.

La ley de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, por su parte, establece sanciones en específico ante ciertas infracciones en materia de Seguridad Social, como señala su artículo 76 con la infracción al aviso de un accidente o enfermedad que puede afectar la capacidad del trabajador⁷. En esta ley tampoco se impone algún criterio para la determinación exacta de la sanción, consistente en multa pecuniaria, por lo que subsidiariamente se debe aplicar el Código del Trabajo con las graves falencias antes señaladas.

Así, no es posible dilucidar criterio alguno que permita afirmar la existencia del principio de proporcionalidad en este subsistema. Podría decirse que se encuentra el criterio de la capacidad económica, pero como se dejó en claro, lo que en verdad se está atendiendo a la cantidad de trabajadores contratados, que conforme a los avances tecnológicos que se poseen actualmente en la prácticamente claramente pueden no ser equivalentes.

Este problema, como era de esperarse, se ha llevado a sede judicial. Un ejemplo claro de ello es el caso *Cargo Trader SpA con Inspección Provincial del Trabajo Osorno*, en el cual se alegó expresamente la falta de proporcionalidad en la

⁷ LEY Nº 16.744 de 1698.

imposición de las multas impuestas frente a una serie de infracciones que se cometieron por parte de la empresa, con respecto a distintos hechos referidos a un mismo trabajador camionero. De las cinco multas impuestas, solo respecto a una de ellas el inspector se abstuvo de imponer el máximo legal, frente a lo cual la empresa exige que se modifique ello y se rebajen las sanciones conforme a criterios objetivos, que se encontrarían presentes en la Circular Nº88 de 2001, dictada por la Dirección del Trabajo. Tanto el tribunal del trabajo como la Corte de Apelaciones de Valdivia, conociendo del recurso de nulidad interpuesto, rechazaron la pretensión de la infractora, aseverando que la autoridad administrativa actuó de forma correcta debido a que la multa se encuentra dentro del rango legal⁸. Resulta preocupante en este caso que la situación se haya abordado de forma tan somera, transgrediéndose de forma totalmente evidente la prohibición de exceso, debido a que el inspector en ningún momento certificó cuáles fueron las razones que lo llevaron a imponer el máximo de las sanciones; que se encuentren dentro del rango legal no es más que lo más mínimo para encontrarse dentro de la legalidad de la potestad, pero no resulta para nada suficiente. Efectivamente estos criterios que fueron mencionados como mínimos para respetar este principio se

⁸ CARGO TRADER SPA CON INSPECCIÓN PROVINCIAL DEL TRABAJO OSORNO (2018).

encuentran en la Circular aludida por la infractora⁹, pero dicha normativa, al no ser aplicada, se convierte en letra muerta.

Lo anterior ha conllevado a que en ciertos casos se proceda inclusive ante el Tribunal Constitucional, debido a la grave infracción de este principio. En un requerimiento de inaplicabilidad del artículo 506 del cuerpo legal laboral se discutió de forma pormenorizada acerca de la existencia o no de este principio en esta área. Si bien se llegó a un empate de votos, lo que conllevó a rechazar el requerimiento, se dejó en claro por los ministros tendientes a acogerlo que “el criterio de gravedad de la infracción proyecta nada más que algo aparente, en tanto aquel no garantiza realmente que el operador encargado de aplicar la misma, vaya a ajustar o calibrar la sanción según la gravedad de la infracción”¹⁰, por lo que termina quedando a plena discrecionalidad del órgano la sanción concreta, lo que a su vez dificulta o, más bien, hace prácticamente imposible la revisión judicial de la pertinencia o no de la sanción específica.

Afortunadamente, el poder judicial no siempre trata de manera tan somera esta materia. Así, en ciertos casos, se ha sentenciado que imponer el máximo de la sanción pecuniaria, sin la fundamentación correspondiente, va en contra del derecho constitucional del infractor, por lo que se rebaja por

⁹ CIRCULAR Nº 88 de 2001, Dirección del Trabajo.

¹⁰ REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD (2019).

el propio tribunal la multa a una cuantía que, a su criterio, atiende a la entidad de la infracción, debido a la conducta posterior del infractor a rectificar su conducta¹¹. Ello deja de manifiesto que, en ciertos casos, en la práctica se aplican ciertos criterios que la doctrina apoya; pero al depender de la simple voluntad de los jueces, no existen reglas precisas para evitar la discrecionalidad en la aplicación de las sanciones, sea del órgano administrativo, sea el juez¹². En el fondo, dependerá de la buena fe del juez y su sentido de rectitud en el actuar, al margen de la ley aplicable pero en respeto de la Constitución, si el principio se verá respetado en el caso concreto. Ello no puede ser más grave, debido a que es una manifiesta transgresión del derecho a la igualdad ante la ley, uno de los derechos que emana esta directriz, producto de que en ciertos casos se respetará y en otros no, por lo que no se trataría de la misma forma a los que se encuentren en la misma situación.

Como último elemento a considerar dentro de la Seguridad Social, cabe mencionar la posición de algunos autores al contemplar un delito de peligro que atienda a la Seguridad y Salud en el Trabajo (SST). Dicho tipo de peligro se encuentra contemplado en ciertas legislaciones, como en

¹¹ JORGE LEÓN BARRERA E.I.R.L. CON INSPECCIÓN PROVINCIAL DEL TRABAJO DE TALAGANTE (2017).

¹² OSORIO (2017) p. 18.

la española¹³; busca consagrar la responsabilidad penal ante las circunstancias frente a las cuales se procede por vía administrativa, es decir, cuando se pone en peligro la vida o salud de los trabajadores, sin que ello se materialice, debido a que cuando esto último sucede se procede por los tipos de homicidio o lesiones correspondientes. A este respecto, fuera de otras discusiones que se puedan dar, para respetar el principio de la prohibición de exceso resulta necesario que, de contemplarse finalmente este tipo en la legislación chilena, deben desplazarse las sanciones administrativas. De otro modo, sucedería una situación similar a la que se produce con respecto a la colusión, atendiéndose diversas sanciones que difícilmente pueden justificarse a la luz de este principio e incluso del *non bis in ídem*. Ello conllevaría a discutir nuevamente cuál es la diferencia entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal pero, como bien puede pensarse, *prima facie* es un claro exceso de la conducta, lo cual puede traer una serie de desincentivos y consecuencias no queridas en la sociedad; en el caso de la Seguridad Social, las empresas podrían proceder a asumir éstos como costos y pagar menos a los trabajadores, o bien, simplemente contratarán los que sean estrictamente

¹³ GALLO (2019) pp. 279-280.

necesarios, lo que socialmente puede llegar a ser enormemente pernicioso.

Concluyendo el capítulo, el Código del Trabajo y la ley de seguro de accidentes y enfermedades profesionales no se hacen cargo de manera apropiada de fijar límites al Estado en la imposición de sanciones en materia infraccional; si bien resulta correcto proteger al trabajador, también se debe propender a proteger al empleador del Estado, pues entre ambos también se da una situación de asimetría. Ninguna de las dos normativas hace alusión a criterio alguno para determinar la cuantía exacta de la multa pecuniaria, sino que exclusivamente se refieren a la cantidad de trabajadores contratados, lo que no es una técnica idónea que represente necesariamente la capacidad económica del infractor. A veces, sin embargo, los tribunales reconocen el exceso en que incurre la autoridad administrativa y rebajan la sanción conforme a criterios que éste entiende deben respetarse conforme a las exigencias constitucionales. Frente a la discusión de la inclusión de un delito de Seguridad y Salud en el Trabajo, un delito de peligro, procedería dilucidar si ello reemplazará la actuación administrativa sancionadora o, como sucede con la colusión, quedará abierta la puerta para sancionar tanto en sede administrativa como penal; esta

última posición puede significar un exceso desmesurado de la sanción frente a la conducta infractora.

2. DERECHO DEL CONSUMIDOR

Ya terminamos de analizar el apartado relativo al Derecho Social, donde constatamos una serie de falencias atentatorias contra el principio de proporcionalidad. Ahora nos concierne abordar un área diversa, el Derecho del Consumidor. Merece mencionarse, antes que todo, que en esta materia las sanciones se imponen por medio del poder judicial y no por un órgano administrativo, ante la declaración de inconstitucionalidad del tan conocido caso SERNAC, Rol 4012-17, intento de modificación de la ley 19.496 que atribuiría facultades punitivas a dicho órgano. Debido a que ello excede el tema del trabajo, no se abordará.

La ley 19.496, en su artículo 24, establece la sanción pecuniaria por defecto, es decir, ante la inexistencia de una sanción específica. El límite para esta sanción es de 300 UTM; en cambio, en el caso de publicidad falsa o engañosa por medios de comunicación social tendrá el tope de 1500 UTM. Para el establecimiento de la multa en concreto, se tienen en cuenta una serie de atenuantes, como haber tomado medidas de mitigación, y agravantes, como haber causado un daño

patrimonial grave a los consumidores¹⁴. Es la misma ley la que establece la necesidad de justificación de la sanción, lo que ya vislumbra la existencia de este principio con respecto a la obligación legal de cumplir con estos requisitos básicos.

Un asunto controvertido que se ha llevado a nivel judicial es del término *por cada consumidor afectado*, que la ley de protección al consumidor utiliza en algunos preceptos. Así, el artículo 53 C, en su literal b), establece la posibilidad de interponer una sanción pecuniaria o la que corresponda *por cada consumidor afectado*, ante lo cual se requirió de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, puesto que ello consistiría un exceso; la sanción va más allá del desabastecimiento de agua potable, conducta reprochable en que incurrió la empresa demandada. Cabe tener presente que no solo se llevó a conocimiento del Tribunal Constitucional dicho precepto, sino que igualmente los artículos 23 y 25, los cuales establecen la infracción y el tope legal de la multa; pero su discusión no es de mayor entidad, debido a que el aumento del tope responde a la naturaleza del servicio prestado. Ante dicho cuestionamiento, los tribunales superiores de justicia han sido enfáticos en que, si bien la terminología puede llevar a confusión, se entiende que se van a multiplicar las multas, pero el total de éstas no puede

¹⁴ LEY Nº 19.496 de 1997.

superar los límites que se encuentran en los articulados 24 y siguientes¹⁵. En otras palabras, cada consumidor afectado funcionaría como un efecto agravante, pero no puede significar el sobrepasar el límite: seguirá siendo una sola multa, no tantas multas por cada afectado, por lo que conforme a la jurisprudencia que se ha asentado -aunque la frase efectivamente es confusa- los prestadores de servicios pueden conocer ex ante la sanción a la que son posibles de verse expuesto, lo que genera un incentivo suficiente para el buen desarrollo de tan vital actividad como es la provisión de agua potable a la población.

Esta decisión, que conlleva al rechazo del recurso, no fue absoluta; tres ministros fueron de la idea de acoger el requerimiento, debido a que el precepto legal puede entenderse de forma que se puede aplicar la multa por cada consumidor afectado, de forma de llegar a un total exageradamente alto. Además de ello, ya se establece una indemnización para cada consumidor, por lo que atender en la multa -que es de naturaleza plenamente sancionatoria- al número de afectados podría significar una vulneración a la proporcionalidad¹⁶. Un punto que es esgrimido por la disidencia que resulta destacable es que la ley concluye que el número de multas será cuantos consumidores afectados

¹⁵ *SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON AGUAS ANDINAS S.A* (2019).

¹⁶ *Ídem*.

haya, lo que es preocupante en el sentido de que, a diferencia de los países en que impera el *Common Law*, los pronunciamientos judiciales difícilmente serán vinculantes para las futuras resoluciones; si bien actualmente se tiene la concepción –que estimo correcta– de que no es viable seguir la interpretación aludida anteriormente, en algún momento puede comenzar a seguirse. Sin embargo, cabe considerar la naturaleza distinta a la que responde la indemnización a cada consumidor, que es prácticamente equivalente a la responsabilidad civil, en contraste con la responsabilidad administrativa, la cual responde al interés público y bienes jurídicos que se vieron mermados. Vale decir, si bien no se debe exceder al imponer una multa por cada afectado, es válido el considerar a la cantidad de afectados para la imposición de la multa si es que ésta se considera solamente como una agravante, ya que ello responde a la entidad de la infracción (el daño provocado). La intrusión de agentes que con sus actividades realizan actividades riesgosas o, como este caso, con su omisión ponen en peligro importantemente a la sociedad. En concreto, este principio debe establecer una “regla de prudencia en la relación entre sanciones ínfimas aplicadas a infracciones graves contra el interés general o bien, en la aplicación de multas enormes respecto de hechos o conductas cuyas consecuencias respecto del interés general

son menores, afectando desproporcionadamente el patrimonio o la propiedad de los infractores¹⁷, dicha regla de prudencia, en un aspecto tan relevante como el suministro de agua potable, de la forma en que se procedió, logró ser lo más idónea posible para la consecución de la finalidad pública.

Con respecto al plazo de prescripción, el artículo 26 de la LPDC establece que es de dos años desde que haya cesado la infracción, sin el establecimiento de una diferenciación conforme a la gravedad de cada infracción¹⁸. Ello respondería a una falta de diferenciación de calificación de las infracciones que se contemplan a lo largo de la ley. Sería discutible esta exigencia, pero no ha sido alegada la prescripción con respecto a materia infraccional, sino más bien se ha intentado invocar esta institución en materia contractual.

En síntesis, si bien se recogen criterios para la determinación exacta de la sanción, la cual se llevará por medio del tribunal, la dudosa técnica legislativa en ciertas normas puede llevar a confusiones, debiendo interpretarse de forma lo más acorde a los preceptos constitucionales. Se ha respetado por la jurisprudencia, pero ante la ausencia del carácter vinculante propiamente tal de las sentencias a nivel nacional, puede resultar una vía incluso necesaria la

¹⁷ NAVARRO (2017) pp. 78-79.

¹⁸ LEY Nº 19.496 de 1997.

modificación legal. Por último, se contempla de forma expresa el plazo de prescripción de la sanción, lo que podría llevar a discutir la proporcionalidad o no de la igualdad de todas las infracciones con respecto a la extinción de la acción persecutora de responsabilidad infraccional.

3. DERECHO AMBIENTAL

Abarcadas lo más concreto posible las materias anteriores, es menester dilucidar lo que sucede con respecto al área medioambiental, rama del Derecho que cada vez cobra más relevancia. Resulta innegable que el medioambiente es una preocupación cada vez más importante para la sociedad toda, por lo que las medidas que se toman para el respeto del bien jurídico resultan cada vez más exigibles por la sociedad en sí. Este bien jurídico, en consideración de Bermúdez, consiste en el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, derecho consagrado en nuestra Constitución en su articulado 19 N°8, lo que conlleva inevitablemente a considerar a la persona y no solo al medioambiente por sí solo¹⁹; en otras palabras, el bien jurídico protegido por este subsistema no es el medioambiente en sí, sino un derecho subjetivo constitucional. Obviamente, ello no implica impedir todo tipo de contaminación, sino que el

¹⁹ BERMÚDEZ (2014) p. 116.

objetivo es conciliar dicho derecho con la realización de las actividades económicas. En relación con esto se debe tener presente el principio de proporcionalidad, debido a que las sanciones que se tomen (las cuales, además de las multas pecuniarias pueden ser, por ejemplo, revocación de las autorizaciones) deben tener en cuenta diversos factores, en donde los principales deben ser el daño provocado y las medidas tomadas para mitigarlo.

El Derecho Ambiental contiene un compromiso del Estado a la protección del medioambiente en cuanto las personas se vean protegidas, ya que sin ambiente saludable las personas se pueden ver en peligro tanto en su salud como su vida. Respecto a estos fines resulta primordial el principio de proporcionalidad, no debiendo limitarse de tal forma los otros derechos que se encuentran en juego de tal forma que consista en una privación, como tampoco desprendiéndose de este deber de protección²⁰; es decir, como se ha señalado anteriormente, se debe evitar la excesiva aptitud de la medida como también su escasa aptitud.

La ley 20.467 de 2010 contempla diversos aspectos positivos con respecto a la presencia de este principio²¹. En primer lugar, realiza una distinción entre sanciones entre gravísimas, graves y leves en su artículo 36, atendiendo a

²⁰ *Ídem* p. 241.

²¹ LEY Nº 20.467 de 2010.

criterios que, en el fondo, responden a un mayor merecimiento de pena, como es la calidad irreparable del daño, la intencionalidad del infractor en ocultar información, entre otros aspectos. En segundo lugar, conforme a la calificación anterior se imponen distintas sanciones, en donde a las infracciones calificadas como leves no se les puede imponer la sanción de revocación de la resolución de calificación ambiental (RCA) o clausura, al ser muy graves. En último lugar, para determinar la sanción en específico a aplicar, al igual que su cuantía en el caso de imponerse la multa, en el artículo 40 se establecen una serie de circunstancias atenuantes o agravantes. La ley, entonces, fija criterios mínimos para el respeto de esta directriz; sin embargo, como en muchos casos puede suceder, la práctica dista de la teoría.

A diferencia de los sistemas anteriores, en los cuales son los mismos infractores los que alegan un exceso en la aplicación de la sanción –o la probabilidad de ello conforme a una disposición confusa–, en materia medioambiental se puede dar una situación totalmente diversa, consistente en que los recurrentes sean los afectados por la conducta del infractor. Además, en lugar de alegarse el exceso de idoneidad de la medida, lo que se ha dado es que se reclama el estado de indefensión en que se deja a los que habitan y realizan actividades en el lugar que el infractor contaminó de

forma dolosa o culposa. Ello fue lo que se discutió en el caso *Cruz, Ruhén y otros con Superintendencia del Medioambiente*: la Compañía minera Nevada SpA cometió una serie de infracciones, pero frente a esto la Superintendencia decidió utilizar un “concurso infraccional”, estableciéndose como infracción solo una de ellas y las demás fueron consideradas como agravantes. Esta decisión, además de ser ilegal en el sentido que no se encuentra en la legislación dicha posibilidad, responde además a hechos distintos, no siendo posible esta analogía de concurso ideal, puesto que el requisito esencial es que a partir de un mismo hecho se satisfagan dos o más tipos infraccionales. Por otro lado, tampoco condice la sanción de multa y medidas transitorias con la gravedad del actuar y la actitud dolosa del infractor. Como último punto, la Superintendencia no motivó de ninguna forma el acto por el cual se impuso la sanción²². La jurisprudencia ha sido conteste en la necesidad de fundamentación o motivación en esta tema²³; en un acto administrativo común y corriente se exige esta exteriorización de las razones que conllevaron a la decisión del órgano administrativo²⁴, por lo que la resolución de término de un procedimiento administrativo sancionador, debido a las

²² CRUZ, RUBÉN Y OTROS CON SUPERINTENDENCIA DEL MEDIOAMBIENTE (2014).

²³ BERMÚDEZ (2014) p. 507.

²⁴ BERMÚDEZ (2011) p. 120.

consecuencias que tiene para el infractor y los demás interesados afectados, hace aún más exigible que contenga dichos fundamentos. De otra forma, no se logra incentivar correctamente la conducta futura del infractor -este no entenderá por qué en concreto se le está sancionado- y los terceros a la conducta, y los afectados no se sentirán protegidos en sus derechos. La decisión de la Administración siempre debe ser motivada, señalando las causas y fundamentos de la decisión, para así evitar la arbitrariedad²⁵. Sin ellas ¿Es realmente posible lograr un control judicial? Es la fundamentación la que permite la rendición de cuentas de la Administración, y otorga la posibilidad de la interposición de recursos judiciales debido a que solo con dicha fundamentación se conocerán los motivos, que serán controlados por los tribunales²⁶.

No se logra entender en concreto qué conllevó a imponer una sanción muy menor a la que correspondía, considerando una sola infracción como tal y las demás como agravantes; ello tampoco se condice con a la costumbre de que los órganos administrativos suelen aplicar el máximo de las sanciones. Es una situación de por sí curiosa, que no logra cumplir con el fin de proteger a los ciudadanos inocentes.

²⁵ CORDERO (2015) p. 580.

²⁶ Osorio (2017) pp. 347-348.

Con respecto a la prescripción, la ley 20.467, en su artículo 37, contempla que la acción para perseguir la responsabilidad se extinguirá en el plazo de 3 años desde cometida la infracción²⁷. Sin embargo, si se entiende la proporcionalidad como uno de los fundamentos de esta institución, correspondería hacer una distinción entre las distintas clases de infracciones, similar a lo que se da en materia penal, con respecto a esta institución. Una acción para sancionar una infracción calificada de gravísima merecería un plazo mayor de prescripción que una grave o una leve, debido que el interés público es mayor; por otro lado, una infracción calificada como leve debiese prescribir en un tiempo menor atendida a su menor entidad, con su consecuente menor necesidad de condenar.

En resumen, si bien la ley contempla diversas formas de respeto al principio de prohibición de exceso, salvo lo relativo a la prescripción, en la práctica ello no se sigue, sino que puede darse la situación que, por el afán que sea, se imponga una sanción menor, dejándose a los afectados por la conducta infractora en una situación de indefensión. Con respecto a la prescripción, la ley no hace distinción entre las infracciones, sino que establece un plazo común para todas ellas.

²⁷ LEY Nº 20.467 de 2010.

4. DERECHO RELATIVO AL MERCADO FINANCIERO

Ahora nos corresponde abordar una temática que, si bien siempre ha sido considerada como relevante para la sociedad en sí, ha sufrido modificaciones enormes a lo largo de la historia de la legislación chilena. El bien jurídico protegido, conforme se establece en la ley 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero, es el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero²⁸. La importancia del mismo responde a sus consecuencias: Si las diversas sociedades o los bancos tienen problemas, toda la economía y, por supuesto, todas las personas se ven perjudicadas relevantemente. Ante ello corresponde que las sanciones sean lo suficientemente idóneas para proteger tal pilar fundamental de la sociedad. Sin embargo, el excederse en las sanciones implicaría un incentivo a que diversos intervinientes en el mercado desistan de sus actividades, produciéndose un daño que podría equipararse a la actuación infractora; es por ello que se requiere un equilibrio.

La ley contempla un título en el cual trata las distintas sanciones en esta materia, diferenciándose de qué clase de interviniente del mercado es el infractor se trata (Sociedad Anónima abierta, S.A especial bancaria, entre otros). Al igual que en los otros subsistemas, se consagra la sanción de multa

²⁸ LEY Nº 21.000 de 2017.

pecuniaria, la cual se establece un rango máximo, pero ella no es la única; a partir de la serie de circunstancias modificatorias establecidas en el artículo 38²⁹ se dilucidará cuál es la sanción en concreto a aplicar y, si se escoge la multa, la cuantía exacta. Cabe indicarse que estas sanciones son sin perjuicio de las sanciones que se recogerán en específico en distintas normativas aplicables, como la Ley de Sociedades Anónimas, la Ley de Mercado de Valores, entre otras.

Esta ley busca lograr, con todo su esfuerzo, un respeto a las diversas garantías de los infractores, haciéndose un símil mucho más fiel al sistema procesal penal, aunque no exactamente igual con miras a la rapidez. Pareciera ser lo más indicado con respecto al principio de proporcionalidad, pero ¿será igual de respetuoso en su aplicación? Antes de ello, debemos referirnos su precedente, el Decreto Ley 3.538 el cual, destacando su rol en el tan conocido Caso Cascadas.

La antigua normativa, en su artículo 29, entregaba la facultad a la Superintendencia de Valores y Seguros de escoger, en el caso de que la sanción fuera multa, el monto de la misma, siempre que se encuentre dentro de los límites otorgados en los artículos 27 y 28, o bien, hasta el 30% de la

²⁹ *Ídem.*

emisión u operación irregular³⁰. Conforme a los ministros que acogieron el recurso “no se está diciendo que la indicación de criterios de graduación proporcionará resultados objetivos y automáticos, pero, como se ha recalcado, se trata de una circunstancia que exacerba la indeterminación del régimen sancionatorio objetado”³¹. El margen de discrecionalidad resulta ser extremo. La decisión de acogida, debe tenerse presente, no fue unánime, sino que por parte de tres ministros se estimó que la inconstitucionalidad del precepto no era tal debido a que la geometría del mercado conlleva a una exactitud en la sanción, con su correspondiente proporcionalidad. Asimismo, atendiendo a la gravedad del actuar –fueron afectadas AFP, por lo que las personas se vieron vulneradas con respecto a sus ahorros para su jubilación – conlleva a que la sanción impuesta (100.000 UF) condice con la entidad de lo provocado. Si bien es cierta la posición de la disidencia acerca de la gravedad, ello no significa que se deba determinar de forma totalmente abierta por el órgano administrativo, sino que debe encontrarse regulada la posibilidad para su posterior control –si se da– y, además, con ello se produce una sensación de justicia ya para toda la sociedad que se vio afectada como asimismo una sensación de no abuso en los infractores.

³⁰ LE BLANC, ALBERTO CON SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (2018).

³¹ *Ídem*.

En el fondo, como deja de manifiesto Donoso, “los artículos 36 y 37 de la nueva ley, no presentan novedad alguna respecto del D.L 3.538, toda vez que, las sanciones ya existían en los artículos 27 y 28 del DL primitivo, vale decir, sólo se modificó el valor de la multa en caso de infracción reiterada, subiendo de tres a cinco veces el monto máximo antes expresado. Sin perjuicio de lo señalado, es un importante avance la incorporación de diversos factores que modifiquen la cuantía de la pena, al particular, en cuanto a la determinación del rango y del monto específico de las multas a las que hicimos referencia en los párrafos anteriores, toda vez que, la Comisión deberá considerar al efecto las circunstancias contenidas en el artículo 38 del nuevo cuerpo legal”³². Fuera de las discusiones que escapan de la proporcionalidad, como las relativas a la colegiatura del órgano que impone las sanciones en estas materias, es la acogida de estas circunstancias la que conlleva a un mayor respeto a la prohibición de la arbitrariedad del órgano administrativo ante el uso de la potestad punitiva.

La CMF ¿Deja constancia de estos factores al momento de imponer el quantum exacto de la sanción? Efectivamente. Así se ha visto en diversas resoluciones exentas que dicta, en las cuales se atiende a las sanciones anteriores, al daño

³² DONOSO (2017) p. 18.

provocado, entre otros³³. Se realiza la fundamentación y, con ello, como se ha mencionado, se logra vislumbrar el efectivo respeto –o no, lo que se podrá rectificar por el poder judicial si se interpone el correspondiente recurso– a la proporcionalidad de la sanción.

Con respecto al mercado financiero, un punto que puede llegar a vulnerar el principio de proporcionalidad, dependiendo de la posición que se tome con respecto a la diferencia entre este sistema y el Derecho Penal, es el delito de administración desleal. Como en el caso Cascadas, es posible que una conducta sea de tal entidad que también logre satisfacer el tipo penal aludido ¿No sería excesivo imponer la sanción por vía administrativa a la vez que condenar por el ilícito penal? Al menos alerta que se puede plantear de dicha manera, pero ello podrá ser salvado o no si se entiende que estas dos vertientes del *ius puniendi* atienden a fundamentos distintos o por otra consideración.

Como último punto, con respecto a la prescripción la ley establece de forma expresa que la acción persecutora de la responsabilidad infraccional prescribe en 4 años (artículo 61)³⁴. Si bien no es de seis meses, lo que se podría traducir en que hay una menor necesidad de sancionar, tampoco es de 5

³³ RESOLUCIÓN EXENTA CMF N° 2126 (2018).

³⁴ LEY N° 21.000 de 2017.

años. Como los artículos en esta ley son prácticamente leyes en blanco, es entendible que no se pueda hacer una distinción de plazos de prescripción, debido a que serán las leyes específicas las que en el fondo tendrán las conductas infractoras. No obstante, esperable sería que se realizara una distinción de infracciones de gravísimas, graves y leves (como lo hace el Código Penal entre crímenes, simples delitos y faltas) y que ello incidiera en plazos distintos de prescripción.

Sintetizando lo planteado respecto a este cuarto subsistema sancionador, debido a la importancia del bien jurídico protegido es que se le ha otorgado gran relevancia desde antaño; sin embargo, el cambio hacia una regulación más respetuosa al principio de proporcionalidad es más bien reciente. Anterior a la ley 21.000 se observaba un espacio muy amplio de discrecionalidad para la imposición de las sanciones, lo que hoy se ha limitado a través de la recogida en la ley de circunstancias que sirven para que el órgano gradúe correctamente la sanción y, además, que los tribunales logren fiscalizar de manera efectiva el cumplimiento de dichos criterios. En la práctica estos criterios se explicitan, cumpliéndose con el requisito de la motivación. Con respecto a la prescripción, la ley no hace una distinción entre clases de infracciones, sino que se atiende a dar un plazo de prescripción general, lo que puede reprocharse en el sentido de dársele un

mismo plazo a una infracción que merezca una menor atención que otra.

III. CONVERGENCIA DE LOS PUNTOS DE LOS SUBSISTEMAS ACORDES -Y NO- AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Analizados todos los subsistemas por separado, podemos preguntarnos ahora: En general ¿son acordes al principio de proporcionalidad? En muchos de éstos no se contemplan criterios mínimos para que los órganos administrativos se encuentren constreñidos a su seguimiento en la determinación de la sanción que se impondrá, así como su quantum exacto si ella permite graduaciones. Así las cosas, no cabe más que llegar a la misma conclusión que Cordero: "Si bien se ha sostenido tradicionalmente que las potestades sancionadoras son siempre regladas, la realidad nos demuestra que existe un margen de libre apreciación que queda entregado a la autoridad administrativa y en donde este principio juega un importante rol al momento de interpretar dichas disposiciones e integrar algunos criterios en la determinación de la sanción"³⁵. Constitucionalmente ello no resulta admisible, puesto que en dos situaciones totalmente equivalentes, quizás

³⁵ CORDERO (2014) p. 423.

la consideración de la identidad –normalmente de persona jurídica– del infractor conllevará a imponer una sanción menor en un caso y en otro no, volviéndose posible la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley. Sin la existencia de estos criterios, tampoco resulta posible ejercer control alguno por parte de los tribunales que conocen del asunto por medio de los recursos que son posibles de interponer contra estas resoluciones; y, en otros casos, como sucede en el Derecho Social, el asunto es tratado de forma tan liviana en ciertos procedimientos que simplemente se verifica que las sanciones se encuentren dentro del rango, sin explicitar criterio alguno de la razón de la imposición de ella en lo máximo, afectándose así el derecho al debido proceso.

En otros subsistemas, como en el medioambiental, si bien se contemplan clasificaciones distintas de infracciones, lo que lleva a una diferencia de la gravedad de la sanción, además de circunstancias para justificar el quantum exacto que se establecerá, en la práctica puede verse vulnerado. Pero, como se demostró, que se encuentre recogida en la legislación permite a los tribunales poder controlar de manera efectiva las transgresiones. En el subsistema relativo al mercado financiero es donde se logra el mayor acople al principio de proporcionalidad, al establecerse criterios y éstos explicitarse en la resolución que pone término al procedimiento

administrativo sancionador. Solo así la proporcionalidad realmente existe, como un mecanismo efectivo para impedir la arbitrariedad sobre la elección de la sanción específica con la que se castigará, así como su intensidad³⁶. Sin embargo, anteriormente la Superintendencia de Valores y Seguros tenía una discrecionalidad desmesurada con respecto a las posibilidades de sanción, discrecionalidad que el Tribunal Constitucional, de forma no unánime, reconoció inaplicable por su inconstitucionalidad.

Si bien en algunas normativas no se encuentran los antecedentes exigidos por la doctrina para entender que este principio tan esencial se encuentra presente, los tribunales han procedido a aplicar la Constitución para que el infractor no se vea totalmente indefenso ante la falta del legislador, pero ello genera el peligro de que se respete este principio a exclusiva voluntad de los jueces, cuyas resoluciones *per se* no son vinculantes para las decisiones futuras.

Una situación excepcional se da en el ámbito medioambiental, que pareciera contrariar la lógica normal de los órganos administrativos, en vez de intentar imponer la mayor sanción posible, se procedió a imponer una sanción menor que la correspondida, dejando en indefensión ya no al infractor, sino más bien a los afectados por la conducta

³⁶ OSORIO (2017) p. 111.

infractora. Como se ha dejado en claro, se debe perseguir una idoneidad que no sea excesiva –como se da en otros casos– ni tampoco que sea tan irrelevante que signifique desligarse del deber de proteger el bien jurídico y permitir que la libertad se convierta en libertinaje, afectando inexcusablemente al resto.

Respecto a estos subsistemas no se ha dado la discusión acerca de la procedencia de una prescripción en específico, puesto que se recogen de manera expresa en las leyes y código el plazo para el conteo. Se podría entender como fundamento de esta institución la proporcionalidad, la necesidad de sancionar una determinada conducta conforme a su gravedad e interés público en ello, como se hace en sede penal. Aunque no se ha esgrimido lo anterior en sede judicial, podría constituir un buen parámetro para una mayor eficiencia en la persecución de la responsabilidad infraccional, pues conllevaría a perseguir más intensamente los atentados más graves y los más leves que no sean investigados dentro de plazo se quedarían sin condena, producto de la pérdida de la necesidad de sancionar.

IV. CONCLUSIONES

El principio de prohibición de exceso consiste en un delimitador del *ius puniendi* estatal, y obliga a que la sanción

a imponer condiga con la menos gravosa para el infractor, pero al mismo tiempo que sea idónea para la consecución del fin público que se persigue por el órgano administrativo, el cual estará directamente vinculado con el bien jurídico protegido. Ante esto, es necesario que se contemplen criterios que permitan exteriorizar las razones de la imposición de la sanción en específico, lo que a su vez exige la necesidad de la motivación de la resolución que pone término al procedimiento administrativo sancionador; de dicha forma los tribunales, con los recursos que procederán en su caso, podrán fiscalizar el cumplimiento de ello. Los plazos de prescripción también, puede estimarse, son un factor que permitirían establecer una igualdad con respecto a los que se encuentran en la misma situación, es decir, la misma calidad de infracción, pero ello no se ha discutido en estas materias.

El respeto al principio de proporcionalidad en diversos subsistemas del Derecho Administrativo Sancionador es bajo. En el Derecho Social es donde más se vulnera este principio, en donde se acude simplemente a la cantidad de trabajadores contratados para imponer un mayor o menor rango de multa, y la alusión a la gravedad que señala el código laboral resulta en una simple apariencia. Los tribunales, inclusive, tratan de manera muy somera esta problemática, y solo algunos jueces, de buena fe y con mayor esfuerzo en

respetar la Constitución, deciden aplicar el principio. Un tema que puede traer preocupación es la posibilidad de la integración de un delito de peligro referido a la Seguridad y Salud en el Trabajo, pues ello podría significar un exceso de sanción frente a una conducta dolosa o negligente del empleador infractor.

En el Derecho de los Consumidores la normativa acoge efectivamente estos principios, además del hecho de que son los tribunales los que imponen la sanción y no el órgano administrativo. Sin embargo, ciertos preceptos de la ley de protección al consumidor permiten realizar una interpretación que puede conllevar a aplicar una sanción excesivamente alta; ante esto, se ha aseverado por el Tribunal Constitucional que dicha línea no se sigue, pero ello trae el problema de que las resoluciones judiciales *per se* no son vinculantes para decisiones posteriores, lo que deja en un estado de incertidumbre inaceptable a los ciudadanos.

En el Derecho Ambiental se otorga una clasificación diferente entre gravísimas, graves y leves de las infracciones, lo que trae por consecuencia las clases de sanciones procedentes como asimismo su cuantía; al mismo tiempo, se contemplan criterios que deben ser respetados por la autoridad administrativa al momento de imponerlas, con su correspondiente fundamentación expresa en la resolución. En

la práctica ello a veces no se respeta, lo que ha conllevado a que el tribunal ordene el reinicio del procedimiento para que se cumpla.

Por último, con respecto al mercado financiero, debido a las transgresiones que se producían durante la vigencia del Decreto Ley 3.538, en donde se otorgaba una discrecionalidad desmesurada a la Superintendencia de Valores y Seguros, se procedió al Tribunal Constitucional, donde en más de una ocasión se declaró la inconstitucionalidad del artículo 29 de dicha normativa. Actualmente con la ley 21.000 el panorama es diverso: Se contemplan expresamente los distintos criterios para determinar las sanciones correspondientes, y se suprimió la discrecionalidad excesiva del órgano para la imposición de éstas. En relación con el delito de administración desleal, puede discutirse si ello no conllevaría a un exceso de sanciones con respecto a una conducta, todo dependiendo de qué fundamentos se atribuyen al Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal y, por tanto, qué les diferencia o no.

Ante esta alarmante evidencia debe actuarse por medio de una regulación pertinente, que efectivamente proteja los derechos de todos los interesados, siendo éstos los infractores o los que se ven desamparados ante el escaso actuar del órgano frente a infracciones de envergadura considerable,

como asimismo el impregnar a los órganos el respeto del equilibrio e idoneidad de las sanciones, fundamentando correctamente sus resoluciones, para lograr una efectiva eficacia en el ejercicio de la potestad punitiva estatal y una verdadera justicia para los ciudadanos.

Bibliografía citada

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Legal Publishing Chile, segunda edición actualizada).

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Fundamentos de Derecho Ambiental* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, segunda edición).

CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014): "Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIII: pp. 399-439.

CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Legal Publishing Chile, segunda edición corregida).

DONOSO, Ricardo (2017): "Análisis al futuro de la SVS ¿Es la actual ley 21.000 una real mejora a la estructura supervisora del mercado financiero?", *Revista Nuevo Derecho: Creare Scientia In Ius*, abril de 2017: pp. 1-34.

GALLO, Patricia (2019): "La prevención penal de riesgos laborales en Chile: la necesidad de un delito de peligro", *Revista Política Criminal*, vol. 14, Nº 27: pp. 277-295.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2017): "El principio de proporcionalidad en la reciente jurisprudencia constitucional"

en SOTO VELASCO, Sebastián, BOCKSANG HOLA, Gabriel y otros, *Sentencias destacadas 2016* (Libertad y Desarrollo) pp. 73-89.

OSORIO VARGAS, Cristóbal (2017): *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador Parte General* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, segunda edición revisada, aumentada y actualizada).

Normativa citada

CHILE, Circular N° 88 (05/07/2001), Establece Manual de Procedimientos de Fiscalización y deja sin efecto normativa que se indica (orden de servicio n°4 de 12.06.2001).

CHILE, Código del Trabajo.

CHILE, Ley N° 16.744 (01/02/2020), Establece Normas sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

CHILE, Ley N° 19.496 (07/03/1997), Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

CHILE, Ley N° 20.417 (26/01/2010), Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

CHILE, Ley N° 21.000 (23/02/2017), Crea la Comisión para el Mercado Financiero.

Jurisprudencia citada

CARGO TRADER SPA CON INSPECCIÓN PROVINCIAL DEL TRABAJO OSORNO (2018): Corte de Apelaciones, 23 de octubre, Rol Nº 195-2018 (recurso de nulidad) en Vlex. Fecha de consulta 20 de septiembre de 2020.

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE COPIAPÓ RESPECTO DEL ARTÍCULO 506 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, EN LA CAUSA RIT I-16-2018, SEGUIDA POR RECLAMO DE MULTA ADMINISTRATIVA EN LA CAUSA CARATULADA ALBASANI HERMANOS LIMITADA CON INSPECCIÓN PROVINCIAL DEL TRABAJO DE COPIAPÓ (2019): Tribunal Constitucional chileno, Rol Nº 4990, 06 de agosto de 2019.

JORGE LEÓN BARRERA E.I.R.L CON INSPECCIÓN PROVINCIAL DEL TRABAJO DE TALAGANTE (2017): 1º Juzgado del Trabajo de Letras de Talagante, 20 de enero, Rol Nº 13-2016 (reclamo judicial de multa administrativa) en Vlex. Fecha de consulta 20 de septiembre de 2020.

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR CON AGUAS ANDINAS S.A (2019): Tribunal Constitucional, 02 de agosto, Rol Nº 4795-2018 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad) en Vlex. Fecha de consulta 21 de septiembre de 2020.

CRUZ, RUBÉN Y OTROS CON SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE (2014): Segundo Tribunal Ambiental, 03 de marzo, Rol Nº 6-2013 (reclamación de resolución) en MicroJuris, cita MJJ39128. Fecha de consulta 22 de septiembre de 2020.

LE BLANC, ALBERTO CON SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS (2018): Tribunal Constitucional, 07 de mayo, Rol Nº 3542-17 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad) en Vlex. Fecha de consulta 23 de septiembre de 2020.

RESOLUCIÓN EXENTA CMF Nº 2126 (2018): 31 de mayo de 2018. Disponible en cmfchile.cl. Fecha de consulta 13 de septiembre de 2020.



REVISTA ESTUDIANTIL DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA