



UNIVERSIDAD
SAN SEBASTIAN

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

UNIVERSIDAD SAN SEBASTIÁN

Nº 32/2025

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES - UNIVERSIDAD SAN SEBASTIÁN

Gonzalo Arenas Hödar
Decano

Gonzalo Arenas Hödar
Director de la Revista

Carlos Villarroel
Secretario de la Revista

Comité Editorial

Jaime Abedrapo, Iván Navas, Tatiana Celume, Diego Lapostol,
María Paz Olavarría, Gina Osorio, Marión Soto, Carlos Villarroel,
Roberto Mayorga, Carlos Künsemüller y Fernanda Garcés

La Revista de Derecho y Ciencias Sociales es una publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad San Sebastián y es la continuadora de la *Revista de Derecho* de la misma universidad.

Domicilio legal: Bellavista 7, Recoleta, Santiago.
Correo electrónico: gonzalo.arenas@uss.cl

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la institución que edita la revista.

Publicación semestral.

ÍNDICE

Presentación	7
Divergencias entre el sistema anglosajón, los sistemas mixtos y el derecho chileno <i>Mariela Rubano Lapasta, Vivian España España. Escrito con la colaboración de Verónica Riquelme Palma y Florencia Vera Salazar</i>	11
La naturaleza jurídica de la Región como entidad territorial: aportes desde la Historiografía <i>Cristóbal Méndez Cea</i>	27
Los efectos de la reincidencia en Chile respecto de las penas sustitutivas de libertad <i>Daniela Millaray Marihuán Pareja</i>	37
Estándar de prueba en el peritaje judicial contable, con especial atención a la sede penal: inidoneidad y limitantes de los Estándares de Auditoría como vehículo metodológico en encargos forenses <i>Christian M. Nino-Moris</i>	71
Acerca del “incidente” de declaración de mala fe en la Ley N° 20.720. Las sombras de su diseño y sus alcances en el escrutinio de la conducta del deudor en el procedimiento concursal de liquidación <i>Eduardo Jequier Lebuédé</i>	129
Estatuto jurídico de la venta de mascotas y animales de compañía. Su fiscalización en Chile <i>Claudia Cádiz González</i>	151

Reflexiones y propuestas al fenómeno de la migración irregular. Una mirada desde Chile <i>Jaime Abedrapo</i>	161
Cómo enfrentan las Pymes las dificultades económicas <i>Claudia Yáñez-Valdés</i>	171
Algunos aspectos controversiales de la Ley N° 21.595, respecto de delitos económicos. Un comentario desde el derecho penal liberal <i>Carlos Künsemüller L.</i>	189
Normas Editoriales	201
Normas Éticas	205

PRESENTACIÓN

Con profunda satisfacción y gratitud me complace presentar a la comunidad académica y público lector el N° 32 de la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad San Sebastián.

En el transcurso de todas sus publicaciones, nuestra Revista ha demostrado suficientemente un irrestricto apego a los más rigurosos estándares de calidad científica, garantizando que los trabajos que divulga representen una contribución auténtica a la discusión especializada en las más variadas disciplinas del Derecho y las ciencias sociales. Al mismo tiempo, deseamos otorgar no solo a nuestros profesores, sino también a los estudiantes de nuestra Facultad, un espacio autorizado para cultivar y profundizar sus inquietudes en el campo de la investigación. Promovemos de esta manera –en cumplimiento de nuestro sello institucional de compromiso con una educación de excelencia y fundada en la verdad y la virtud– que estos trabajos puedan ser conocidos y escrutados por la comunidad académica y público general; todo con miras a la difusión del conocimiento humanístico y el bien de la sociedad en su conjunto.

En consecuencia, presentamos en esta oportunidad nueve valiosos estudios de destacados académicos y alumnos de nuestra Universidad, siendo conscientes de que el alma misma del quehacer universitario consiste en la formación de aquella verdadera comunidad de saberes que intercambian maestros y discípulos. Al respaldar con el prestigio de nuestra publicación los trabajos de nuestros estudiantes deseamos iniciarlos en la ciencia y arte de la investigación metódica en las diversas disciplinas del conocimiento, enriqueciendo y expandiendo este para el goce de las futuras generaciones.

En ese espíritu, presentamos en primer lugar el trabajo de Mariela Rubano y Vivian España titulado “Divergencias entre el sistema anglosajón, los sistemas mixtos y el derecho chileno”. El artículo referido analiza, conforme con el método comparado, las diferencias más relevantes entre el sistema del *Common Law* y otros ordenamientos jurídicos, y sugiere vigorizar el rol de la jurisprudencia como fuente del Derecho mediante la consagración del precedente obligatorio. De esta manera, según la opinión de las autoras, se fortalecerían al mismo tiempo la certeza jurídica y el respeto a los derechos constitucionales que protege nuestro ordenamiento.

En segundo lugar, en el campo de la Historia del Derecho presentamos el estudio de Cristóbal Méndez que lleva por nombre “La naturaleza jurídica de la región como entidad territorial: aportes desde la historiografía”. En dicho artículo, el autor describe la evolución histórica de los proyectos de regionalización, desde la primera mitad

del siglo XX hasta el plan de regionalización implementado por el régimen militar en 1974. Es importante mencionar que Cristóbal Méndez fue uno de los estudiantes de pregrado expositores en el seminario organizado por nuestro Centro PUBLICUSS acerca de desafíos globales para nuestra democracia actual, y que se realizó el año pasado en nuestra casa de estudios.

En el ámbito del derecho penal, presentamos el estudio monográfico de la alumna de Derecho vespertino Daniela Marihuán, titulado “Los efectos de la reincidencia en Chile respecto de las penas sustitutivas de libertad”. En este artículo, la autora, empleando una metodología basada en la observación de datos empíricos, analiza el impacto que ha tenido la Ley N° 18.216 acerca de penas sustitutivas a la privación de libertad, respecto del fenómeno de la reincidencia delictiva. Concluye aportando algunas sugerencias prácticas para mitigar aún más dicha realidad y facilitar la reinserción social de las personas condenadas.

También en el ámbito del derecho penal, específicamente en lo referido a la prueba pericial contable en sede penal, nos complace presentar el trabajo del magíster en Derecho Penal Económico y de la Empresa de la Universidad San Sebastián Christian Nino-Moris. En este estudio, abordado en cuanto al método y contenido según una perspectiva interdisciplinaria, el autor aborda de manera sistemática algunas dificultades que presenta en la actualidad el peritaje contable en sede penal, centrándose sobre todo en la aplicación de los llamados “estándares de auditoría” en los juicios por delitos económicos. Haciéndose cargo de las deficiencias de estos mecanismos, Nino-Moris plantea la necesidad de una reforma institucional que mejore el sistema de selección de los peritos y capacite adecuadamente a los jueces en la ponderación de la prueba pericial contable.

En el campo del derecho concursal, publicamos el artículo del profesor Eduardo Jequier titulado “Acerca del ‘incidente’ de declaración de mala fe en la Ley N° 20.720. Las sombras de su diseño y sus alcances en el escrutinio de la conducta del deudor en el procedimiento concursal de liquidación”. En este estudio, el autor analiza algunas inconsistencias y vacíos que mermarían la aplicación y eficacia de la mencionada figura, que se introdujo intentando prevenir, o sancionar en su caso, la mala fe del deudor y el abuso del procedimiento concursal. Concluye presentando algunas propuestas concretas para su mejora.

El Derecho es una ciencia que plantea siempre nuevas problemáticas, siguiendo los cambios y requerimientos de la sociedad en cada momento de su evolución. Teniendo presente esta realidad fundamental, presentamos el artículo de la alumna Claudia Cádiz titulado “Estatuto jurídico de la venta de mascotas y animales de compañía. Su fiscalización en Chile”. En dicho trabajo, la autora constata una virtual ausencia del Estado en el control de criaderos y ventas de animales en nuestro país. Este fenómeno se traduciría en que muchos animales sufren en estos espacios maltratos físicos y psicológicos irreparables, por lo que Claudia Cádiz, además de ofrecer una visión realista acerca del problema planteado, sugiere que los ciudadanos

participen activamente en su solución mediante la denuncia y la adopción responsable de mascotas.

En el plano amplio de los problemas sociales y demográficos contemporáneos, el profesor Jaime Abedrapo contribuye en el presente número con su trabajo titulado “Reflexiones y propuestas al fenómeno de la migración irregular. Una mirada desde Chile”. Abordando esta materia desde una perspectiva desapasionada y lúcida a la vez, el autor constata que ningún Estado puede de manera aislada evitar la inmigración descontrolada. Por esta razón, sugiere un plan de acción mancomunado que asuma una estrategia en relación con las causas de la migración, un mayor control de las fronteras y, en suma, el establecimiento de una política migratoria eficiente pero que se conciba e implemente con irrestricto apego al Estado de Derecho, evitando así la aplicación de políticas demagógicas y vulneratorias del régimen internacional de protección de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

En el plano propio de la ciencia económica, presentamos el trabajo de la profesora Claudia Yáñez-Valdés que lleva por nombre “Cómo enfrentan las Pymes las dificultades económicas”. En efecto, es bien sabido que las pequeñas y medianas empresas son actores fundamentales en la economía global, representando un motor crucial para el desarrollo. Sin embargo, la autora identifica que se han mostrado especialmente vulnerables frente a las crisis económicas, las fluctuaciones de los mercados y los cambios regulatorios. Mediante un enfoque que combina la teoría del emprendimiento con las políticas públicas de apoyo empresarial, Yáñez-Valdés analiza las prácticas de resiliencia y adaptación que se han mostrado más efectivas, a la vez que se sugieren mejoras concretas para mitigar los efectos adversos de las crisis económicas y fluctuaciones financieras.

Finalmente, nos complace presentar en este número un trabajo que, por fidelidad a su especial estilo de redacción, incluimos como apéndice. Nos referimos a la conferencia que el profesor Carlos Kunsemüller dictó en julio de 2024 en el campus Los Leones de nuestra Universidad San Sebastián y que versó acerca de algunos aspectos controversiales de la Ley N° 21.595 respecto de delitos económicos.

Al publicar en nuestra Revista todos estos trabajos, creemos, pues, estar respondiendo a la íntima vocación de la Universidad como institución enraizada en la sociedad y que la sigue en sus cambiantes y desafiantes realidades. En este punto, nos asiste la convicción de estar contribuyendo a una adecuada comprensión y atención de estos problemas, en un espíritu intelectual de apertura y pleno respeto a nuestro Estado de Derecho.

Gonzalo Arenas Hödar
Decano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad San Sebastián

DIVERGENCIAS ENTRE EL SISTEMA ANGLOSAJÓN, LOS SISTEMAS MIXTOS Y EL DERECHO CHILENO

*Mariela Rubano Lapasta**

*Vivian España España***

*Escrito con la colaboración de
Verónica Riquelme Palma y Florencia Vera Salazar****

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo analizar las divergencias entre el *Common Law* y otros sistemas jurídicos; identificando los aspectos más relevantes, se abordan algunos ejemplos del derecho comparado y se enfatiza la importancia de la seguridad jurídica del precedente, evaluando la incorporación de este en el derecho nacional.

Palabras clave: *Common law*, precedente, *stare decisis*, equidad, principios.

ABSTRACT

This paper is to analyze the divergences between Common Law and other systems, identifying the most relevant aspects, analyzing cases and emphasizing the importance of the legal certainty of precedent, evaluating its incorporation into national law.

Keyword: Common Law, precedente, *stare decisis*, equity, principles.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. U. de la República de Uruguay. Magíster en Derecho Público, PUC de Chile. Correo electrónico: mariela.rubano@uss.cl

** Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, UDLA/Universidad Católica de la Santísima Concepción. Correo electrónico: vespana@ucsc.cl

*** Estudiantes Facultad de Derecho USS, Sede Concepción.

1. INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como objetivo analizar las divergencias entre el *Common Law* y otros sistemas jurídicos, identificando los aspectos más relevantes. Para alcanzar este objetivo se abordan, entre otros, los casos de Estados Unidos, Reino Unido, Perú, México, una breve referencia al brasileño, y la incorporación de este al derecho nacional, destacando la importancia de la seguridad jurídica y el precedente vinculante.

Partimos de la noción del concepto de fuentes, propio del Derecho Civil, que Von Savigny manifiesta: *La causa de nacimiento del derecho general, o sea, tanto de las instituciones jurídicas como las de las reglas jurídicas formadas por abstracciones de aquellas*¹, o la que expresa Hart identificando las fuentes del derecho, quien señala: *como ocurre en los sistemas jurídicos desarrollados, tenemos un sistema que incluye una regla de reconocimiento, de modo que el estatus de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios establecidos en la regla de reconocimiento*².

Santiago Nino apunta: *La distinción entre los sistemas del Common Law y los de tipo continental se limita a una cuestión de grado respecto de la extensión de las áreas cubiertas por la legislación o por las normas jurisprudenciales y a la mayor o menor fuerza obligatoria que se asigne a cada una de esas especies de normas, que en el caso de los precedentes se denomina stare decisis*. En efecto, se trata de respetar lo decidido y no cuestionar los puntos ya resueltos.

En ocasión de ello es que decidimos explorar cómo el *Common Law* fue adoptado por otros países. De acuerdo con Manuel González³, *la idea de los sistemas legales mixtos puede encontrarse hacia principios del siglo XX, es en años recientes cuando este concepto ha adquirido mayor importancia e interés*. En su texto cita que, *la historia nos ha enseñado que las jurisdicciones mixtas son creadas cuando una cultura, con su sistema jurídico, idioma y organización de sus cortes, son impuestos, generalmente por la fuerza, a una cultura distinta*, ejemplificando este aspecto con casos de jurisdicciones mixtas como el sistema jurídico de Israel y el sistema jurídico de Japón.

En el caso de Israel, el autor cita las raíces del derecho judío o mosaico y el derecho anglosajón, señalando que es directa consecuencia del imperio británico, a mayor abundamiento, expresa que además incide en el derecho otomano y como consecuencia en el derecho islámico, siendo importantes fuentes del derecho.

¹ Von Savigny, Frederich (1879). *Sistema de derecho privado romano II*. Madrid, p. 63.

² Hart, H.L.A. (1980). *El concepto de derecho*. Editora Nacional. México, p. 136.

³ González, Manuel (2005). Perspectiva de las jurisdicciones mixtas dentro del marco de los sistemas contemporáneos, *Quid Iuris*, ISSN-e 1870-5707. pp. 120-123.

Para el caso japonés agrega que, *aunque pertenece al mundo cultural chino, en realidad el derecho japonés muestra un desarrollo distinto por su espíritu agresivo y su sentido de homogeneidad nacional y su gran sentido de la comunidad en comparación con el ideal chino de armonía universal, complementado con su carácter naturalista y humanista.*

Sin embargo, no debemos olvidar que, tal como lo señala el comentario del texto de Consuelo Sirvent, por las luchas entre los pueblos, el mercado y conservar los privilegios, los sistemas jurídicos no siempre son puros, sino que resultan híbridos debido a la ideología habitualmente impuesta por los conquistadores, colonizadores o detentadores de la economía de otros pueblos.

Para el profesor Díaz Colchado⁴, *los ordenamientos adscritos a la familia del Common Law, tenían como principal fuente de Derecho las costumbres de la tierra o del reino (law of the land) que eran identificadas por los jueces y luego sus decisiones, reiteradas a lo largo del tiempo, constituían un cuerpo de normas vinculantes para la referida comunidad, dando origen al precedente vinculante, basado en el principio stare decisis et quia non movere, que en traducción laxa significa “estarse a lo decidido y no perturbar lo ya establecido o quieto”.*

Por consiguiente, resulta interesante el ordenamiento jurídico de Perú, el que se encuentra adscrito al derecho civil tradicional que se vio trastocado por el sistema de fuentes con la incorporación del precedente. En consecuencia, se complementan dos sistemas distintos: el *Civil Law* y el acercamiento al *Common Law*, planteando tensiones entre el precedente constitucional, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, en el proceso de adaptar el derecho constitucional nacional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. ¿QUÉ SIGNIFICA EL *COMMON LAW*?

Para la académica Marta Morineau⁵, el *Common Law* tiene tres acepciones diferentes: La primera se utiliza como una acepción restringida y designa la rama más antigua del derecho inglés. La segunda es la rama de la *Equity*, concepto más amplio que se refiere al orden jurídico de Inglaterra en su conjunto; y la tercera sería la que se refiere a la familia jurídica del *Common Law*, abarcando tanto el dominio político como el derecho inglés y el de otros lugares, como explicamos a continuación.

Al contrario de lo que pasó en Alemania, Italia y la mayoría de los países de Europa continental, basados en la dominación romana, estos siguieron el denominado

⁴ Díaz Colchado, Juan (2022). Fuentes del Derecho y Precedentes Constitucionales: Encuentros y desencuentros en el sistema de justicia de Perú, *Revista Derecho & Sociedad*, Nº 58, pp. 1-20.

⁵ Morineau, Marta (2003). *Introducción al Sistema del Common Law*, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> <http://goo.gl/LcHQw2>

Civil Law o derecho civil; no obstante, la misma dominación romana iniciada por Claudio el año 43 y hasta el 407 de nuestra era, no logró arraigar el derecho romano sobre la Bretaña, lo que se comprende, pues la colonización romana no tuvo el impacto que sí tuvo en el continente, por lo que una vez que los romanos abandonan el territorio, las tribus imperantes continuaron con su propio desarrollo jurídico y el derecho romano cayó casi en el olvido.

Si bien en sus orígenes la historia del *Common Law* refleja exclusivamente el Derecho inglés (hasta el siglo XVIII), los países que han adoptado el modelo inglés, a saber, el caso de Estados Unidos de América, lo hicieron mezclando las tradiciones históricas, sociales, culturales, dando nacimiento a un derecho diferente⁶.

A su vez, la *Equity*, en el siglo XIV empieza a apreciar cómo las personas, en la imposibilidad de obtener justicia de los tribunales de Westminster, se dirigen otra vez al rey, por intermedio esta vez del canciller, para pedirle que intervenga; de esta manera se hace frecuente el recurso a la jurisdicción del canciller. Las decisiones adoptadas primero en consideración a la Equidad del caso particular, dando origen a las doctrinas que complementan el derecho aplicado por los tribunales reales, que derivan en parte del derecho romano y en parte del derecho canónico.

En consecuencia, ambos sistemas, el *Common Law* y la *Equity*, se complementan mutuamente. En efecto, la *Equity* se extendió a situaciones no reguladas por el *Common Law*, esto determinó la existencia de nuevas instituciones que permitieron extender el ámbito del derecho sustantivo. Los Tribunales adoptaron la regla del precedente judicial, la regla conocida como *stare decisis*. Ello significa que antes de llegar a la sentencia, se examinan las decisiones anteriores emitidas por otros jueces en casos similares, de esta manera asistimos a un proceso de actividad de los tribunales, dando origen a la jurisprudencia *Equity*⁷.

Por lo expuesto, podemos afirmar que el derecho inglés es un derecho jurisprudencial, sus normas son el resultado de la *ratio decidendi* de las decisiones de los tribunales superiores de Inglaterra, a diferencia de la *legal rule*, tiene efecto en el caso concreto a diferencia de la norma jurídica continental, que emana del legislador o de la doctrina.

3. EL *COMMON LAW* DE ESTADOS UNIDOS

La doctrina del precedente consiste en que las sentencias de las cortes de mayor jerarquía establecen pautas que se deben seguir en la solución de los casos tramitados

⁶ Rubano Lapasta, Mariela (2000). Sistema del *Common Law* en el derecho inglés y el derecho de los Estados Unidos de América. *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 18, Universidad de la República Oriental del Uruguay, pp. 69 a 77.

⁷ Morineau, Marta, ídem, p. 13.

ante los tribunales de inferior jerarquía. En consecuencia, estamos hablando del precedente vinculante.

La obligatoriedad del *stare decisis* se basa en ser un principio del derecho que tiene un reconocimiento de norma jurídica, por tanto, es obligatorio para todos. El autor⁸ señala que es un claro mandato emanado del legislador al juez, en consecuencia, se reconoce la fuerza obligatoria de los principios. La doctrina del precedente se presenta como una herramienta de control para evitar el cambio jurisprudencial arbitrario, sin embargo, no opera de manera fatal, es un principio procesal.

Al respecto, se cita la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Helvering vs. Hallock*, 309 US 106 de 1940:

Reconocemos que la doctrina del stare decisis encarna un importante principio social, que representa un elemento de continuidad en el derecho y está arraigada en la necesidad psicológica de satisfacer expectativas razonables. Pero el stare decisis es un principio anterior, sin importar cuán reciente o cuestionable, cuando dicha adherencia envuelve una colisión con una doctrina más apropiada en su alcance, intrínsecamente más acertada y verificada por la experiencia.

A nuestro juicio, concluye que la aplicación del *stare decisis* no implica la imposibilidad de cambiar el criterio de interpretación en caso de conflictos de derechos, debido a que es posible aplicar otra solución y recurrir a los principios generales.

Cooper⁹ señala que *las decisiones anteriores de los jueces del Common Law no son simplemente actos administrativos para resolver una controversia entre dos partes, sino que se aplican principios de derecho*. Es decir, estos son relevantes para resolver futuras controversias y así enriquecer la jurisprudencia.

4. EL COMMON LAW INGLÉS

Significa el derecho común de todo el Reino Unido, es la síntesis o la selección de distintos elementos como son las costumbres locales, estas se complementan con la labor activa de los tribunales.

La norma jurídica del derecho inglés es un derecho jurisprudencial; no obstante, se aplica la ley escrita que se sitúa a nivel del caso concreto, a diferencia de la norma jurídica continental que es formulada por el legislador o la doctrina para dirigir la conducta del ciudadano en la generalidad de los casos, uno de ellos sería el *Trust*¹⁰.

⁸ Londoño, Néstor Raúl, La obligatoriedad de los principios del derecho en el *Common Law* de los Estados Unidos. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 36, pp. 55-68.

⁹ Cooper, H.H. *La relación contemporánea del Common Law con las convenciones, costumbres y constitución británica*. *De Derecho Público*, pp. 9-97. <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i9.31874>

¹⁰ Rubano Lapasta, Mariela, ídem, pp. 74.

Trust es un concepto fundamental del derecho inglés y es la creación más importante de la *Equity*. Es un medio de protección de incapaces y la mujer casada en la liquidación de sucesiones, en las fundaciones y entidades de utilidad pública. En la actualidad está destinada a salvaguardar el patrimonio familiar; los bienes transferidos a *trustees* no están gravados, el requisito es que dicha transferencia se debe realizar tres años antes de acaecido el fallecimiento.

5. SISTEMA MIXTO DE PERÚ

La destacada jurista Marisol Peña¹¹ refiere que el Tribunal Constitucional de Perú, en sentencia de 10 de octubre de 2005, señaló que: *El precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga*. En efecto, el precedente constitucional vincula al propio Tribunal Constitucional en el sentido de que, en sus decisiones futuras, se mantienen iguales o similares criterios de interpretación constitucional, otorgándole fuerza obligatoria.

El profesor Juan Carlos Díaz Colchado¹² en su texto nos señala que el Estado peruano tiene un ordenamiento jurídico reflejo de la familia del Derecho Civil, que se caracteriza por un acentuado formalismo legal, en el contexto de un Estado Constitucional resultado del llamado Constitucionalismo Democrático Contemporáneo.

Como consecuencia de la labor realizada por el Tribunal Constitucional se ha presentado un cierto malestar entre la ley¹³ y el precedente. En la práctica, en Perú hay un Tribunal o Corte Constitucional que tiene como fin defender la supremacía de la Constitución, y también un Tribunal Supremo que tiene por cometido interpretar la ley como última instancia de la jurisdicción ordinaria.

Asimismo, se han planteado conflictos de interpretación en la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del carácter vinculante de las sentencias de dicho Tribunal. Ello ha provocado una situación de malestar en materia de interpretación entre dicha Corte y lo resuelto por los tribunales nacionales peruanos.

Por lo expuesto, la vigencia de los tratados internacionales referentes a Derechos Humanos, ratificados y vigentes, ha dado nacimiento a una nueva rama del derecho,

¹¹ Peña Torres, Marisol (2006). El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa. *Estudios Constitucionales*, vol. 4, núm. 1, pp. 173-184.

¹² Díaz Colchado, Juan, *idem*, pp. 3-4.

¹³ El Código Procesal Constitucional, que fue aprobado en Perú con la Ley Nº 28.237, publicado el 31 de mayo de 2004; en este cuerpo normativo se incorpora el Artículo VII de su título preliminar. Luego la ley citada fue derogada por la Ley Nº 31.307, que aprueba el nuevo Código Procesal Constitucional, publicado el 23 de julio de 2021.

que es el llamado Derecho Internacional Humanitario. Ello implica la incorporación del control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con efecto obligatorio en la jurisdicción nacional. En este sentido, es importante relevar el control de convencionalidad. Esta especie de control es realizada por el juez nacional, respecto de la conformidad de la norma interna a la norma internacional.

Un ejemplo práctico fue la tensión que se provocó entre la ley y el precedente constitucional, cuando la ley desconoce los criterios de interpretación esgrimidos por el Tribunal Constitucional.

En relación con este tema se cita la sentencia de libre desafiliación N° 1776-2004-PA/TC, Perú. En ella se esgrimían tres causales, siendo la debatida la causal c).

Se indicaba que, al momento de afiliarse, este (el afiliado) no hubiese contado con información suficiente; estableciendo de esta forma que los afiliados pudieran iniciar libremente un procedimiento de carácter administrativo ante la propia AFP con impugnación ante la Superintendencia de Banca y Seguro. Ello, porque se trataba de un derecho garantizado por la propia Constitución (Artículo 65), esto es, en la Carta Fundamental peruana.

Ante las expectativas de la ciudadanía, el Congreso aprobó la ley de Libre Desafiliación Informada (Ley N° 28.991), que reconoce la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional con la excepción de la situación de desafiliación de falta de información, lo que nos deja ante un nuevo caso en que aplica el precedente.

Es oportuno señalar que esta especie de control convencional puede tener su fuente en el Derecho Constitucional nacional solo en los casos en que la Constitución del Estado reconozca la superioridad jerárquica de los tratados internacionales frente a la jurisdicción nacional, tal como lo establece el académico Gonzalo Aguilar Cavallo¹⁴.

En resumen, la obligación del control de convencionalidad tiene su fuente en el Derecho Internacional.

En este sentido, se destaca, en primer lugar, la imposibilidad de poder esgrimir impedimentos internos para no cumplir con las obligaciones derivadas del Derecho Internacional; y en segundo lugar, la labor de ajustar su ordenamiento jurídico interno al Derecho Internacional.

Finalmente, la clave de este proceso es garantizar por parte del Estado la plena vigencia de los Derechos Humanos consagrados en los tratados internacionales¹⁵,

¹⁴ Aguilar Cavallo, Gonzalo (2013). El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado, *Revista DIREITOGV18*, São Paulo, pp. 721 y 722.

¹⁵ En el caso de América Latina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado la obligación de los Estados parte en la Convención Americana de Derechos Humanos de realizar un control de convencionalidad. En efecto, el control de convencionalidad sería el control que realiza el juez nacional en cuanto a la adaptación de la norma interna a la internacional. Criterio de interpretación reiterado en distintas sentencias. Ej. Caso Almonacid *vs.* Chile, año 2006. Caso Fontevecchi y D'Amico *vs.* Argentina, de 2011.

realizando el proceso de adaptar ambos ordenamientos jurídicos con el efecto vinculante de las sentencias.

6. EL PRECEDENTE JUDICIAL EN MÉXICO

El autor¹⁶ señala que la primera objeción que surge en países romanistas, como México, contra el precedente judicial sería que corresponde al *Common Law*, cuyos jueces han tenido un papel creativo, a diferencia de las limitaciones que se han atribuido a los jueces mexicanos.

Considerando que el precedente es una parte significativa en la toma de decisiones legales y en el desarrollo en muchos países y tradiciones, la decisión en los casos particulares sigue siendo la regla de *stare decisis* y aunque haya diferencias entre los diversos ordenamientos y la vinculación a los precedentes. La aplicación del *Common Law* no ha sido uniforme en los países que siguen el precedente judicial vinculante. En efecto, en Estados Unidos, la aplicación del efecto vinculante horizontal significa que el tribunal emplea su propio precedente, no siendo principio rígido, a diferencia del caso de Inglaterra. En la actualidad mexicana, quizás se esté en presencia de los primeros pasos de una especie de “teoría general del precedente” que trascienda culturas jurídicas, separándose de la tradición neorromanista y aproximándose al *Common Law* en lo que el autor denomina “derecho intercultural”. Sin embargo, durante décadas ha variado la concepción mexicana de jurisprudencia, la que se entiende como un conjunto de precedentes judiciales, siendo tres las concepciones: la primera exegética, la segunda integradora y la tercera creativa.

Por ello abordaremos un problema en la sentencia ejecutoria, el precedente y tesis de la *ratio decidendi*, el *holding* y el *obiter dictum*.

En la mayoría de las sentencias se refleja un precedente con el concepto *ratio decidendi* y *obiter dictum*. Distinción que ha sido elaborada en el ámbito anglosajón y que tiene un papel destacado, sobre todo la *ratio decidendi* o razón de la decisión, que sirvió de base a los tribunales mexicanos de modo determinante. Se trata de la norma jurídica resultante de la interpretación judicial que reformula el texto legislativo para establecer, de manera abstracta, las consecuencias de los hechos particulares del caso. A su vez, a la *ratio*, que corresponde a la resolución judicial, se le atribuye un efecto vinculante que controlará la decisión interpretativa que se aplique en el futuro.

El autor señala que en Estados Unidos se prefiere utilizar el término *holding* para aludir a lo establecido o sostenido por el tribunal; y para Inglaterra, la locución *ratio decidendi*. A su juicio, sería tan solo una diferencia sutil para conocer de mejor forma

¹⁶ Sánchez Gil, Rubén, *Cuestiones Constitucionales*, N° 43, Ciudad de México, año 2020. pp. 377 a 417, DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2020.43.15189>.

la naturaleza del precedente. Interesante resulta que la determinación que realiza el tribunal para concretar su resolución se base en el *holding* y la *ratio decidendi* mediante la formulación abstracta y general, superponiendo ambos conceptos e incluso confundiéndolos, no considerando implícitamente que ambos se requieren mutuamente. Distinto es el caso del *obiter dictum*, que se trata de cualquier consideración en que no se haya determinado su resultado y, por tanto, no es vinculante.

En el caso mexicano, se puede concluir la utilización de ambos, principalmente lo que se explica en lo reportado en las *Tesis del Semanario*, cuyas decisiones se empleen en la práctica jurídica imperante, pues no tienen otra forma de conocer las decisiones de los jueces y referirlas. Acerca de esto último, el Pleno de la Corte Suprema señaló que las tesis que semanalmente publica el Semanario solo tendrían efectos publicitarios y que su redacción no constituye por sí misma un precedente judicial ni son necesarias para su existencia. La norma vigente destaca, también, el carácter divulgativo de las tesis y el papel constitutivo del precedente.

Por lo expuesto y como fundamento se cita el Artículo 221 de la Ley de Amparo, que señala que, de no haberse publicado tesis sistematizada, a efectos de poner en evidencia un precedente o un criterio vinculante jurisprudencial: *bastará que se acompañen copias certificadas de las Resoluciones correspondientes*. En la actualidad, es evidente que la jurisprudencia o el precedente no están subordinados a un acto formal de elaboración de la respectiva tesis, tampoco de su difusión oficial, debido a que son actos con un carácter meramente declarativos y sin ningún efecto constitutivo.

A saber, el 11 de marzo de 2021¹⁷ se publicó la última gran reforma constitucional al Poder Judicial de la Federación, que tuvo por finalidad efectuar cambios importantes a la estructura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal.

Se informó un aspecto relevante de la reforma, siendo este la transición en la resolución de los asuntos para pasar del tradicional sistema de tesis a uno apoyado por el sistema de precedentes en el juicio de amparo. Esta doctrina constitucional permitirá que toda la estructura del Poder Judicial se vea compelida a llevar un seguimiento pulcro de los criterios adoptados tanto por las Salas como por el Pleno del Tribunal Constitucional, con independencia de la previsión contenida en el numeral 217 de la Ley de Amparo, aunando que el sistema de reiteración no desaparece. En efecto, los tribunales colegiados continuarán, es decir, concurren el sistema de tesis y el sistema de precedentes para el Tribunal Constitucional.

¹⁷ <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/el-precedente-y-el-futuro-desarrollo-de-la-doctrina-constitucional-de-la-suprema-corte-de>

7. OTROS PRECEDENTES, A MANERA DE REFERENCIA, BRASIL

Su sistema jurídico influido por el *Common Law*, es decir, por la práctica de seguir las decisiones judiciales anteriores, lleva a un proceso de adaptación al Derecho Civil.

A este respecto se destaca la *súmula vinculante*, que es una creación típicamente brasileña y muy distinta al *stare decisis*. Las *súmulas* no pueden ser confundidas con el precedente, pues su naturaleza jurídica, los métodos y los fundamentos son distintos.

Se trata de un derecho creado por medio de argumentos jurídicos surgidos en procesos judiciales, como resultado de la interpretación del derecho positivo.

Los enunciados de las *súmulas* son aplicados por el Supremo Tribunal Federal en materia constitucional y del superior tribunal de justicia en materia infraconstitucional. En la hipótesis de modificar la jurisprudencia emanada del Supremo Tribunal Federal y de los Tribunales Superiores o de la que emana del juicio de casos repetitivos, puede haber modificaciones a efectos de proteger el interés social, común y la seguridad jurídica.

En consecuencia, es oportuno destacar que las *súmulas* son reconocidas como orientación para la interpretación del derecho y de la sociedad en general; es necesario precisar que los precedentes no son equivalentes a las resoluciones judiciales para Brasil.

8. EL PRECEDENTE VINCULANTE Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

En esta instancia consideramos oportuno formular la siguiente interrogante: ¿Cuál sería la aplicación práctica del precedente vinculante en el derecho chileno?

Cuando el Tribunal Constitucional en su labor de control mantiene iguales o similares criterios de interpretación, está permitiendo la uniformidad de la jurisprudencia y, por esta razón, la certeza jurídica. El efecto vinculante se irradia a todos los órganos del Estado reforzando el principio de supremacía constitucional, el principio de clausura del derecho público y el de seguridad jurídica.

En ese sentido, resulta interesante citar la sentencia del 22 de julio de 1993, Rol Nº 171, *sobre el proyecto de ley que creaba nuevos Juzgados de Policía Local*, en este caso el Tribunal Constitucional chileno resolvió mantener el mismo criterio de interpretación sostenido en fallos anteriores, esgrimiendo la razón de que: *ello crea certeza y seguridad jurídica, necesarias para todos aquellos a los que pueda interesar y/o afectar lo que este resuelva sobre el punto*¹⁸.

¹⁸ Peña Torres, Marisol (2006). El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa. *Estudios Constitucionales*, vol. 4, número 1, pp. 173-184.

En relación con el efecto vinculante de la sentencia, la académica Marisol Peña refiere para la legislación chilena: que el efecto vinculante de la declaración de inconstitucionalidad de la ley por parte del Tribunal Constitucional significa que los criterios de interpretación esgrimidos en las sentencias del citado tribunal se irradian a todos los órganos del Estado, incluyendo el órgano legislativo, ello expresa el efecto de cosa juzgada de lo resuelto por el Tribunal Constitucional¹⁹.

Si bien el Tribunal Constitucional no aplica expresamente el precedente vinculante, en reiteradas oportunidades cita iguales criterios de interpretación acaecidos en el pasado, en la sentencia Rol 11.230-2021, considerando 14°, acerca del *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del Artículo único, incisos decimosegundo, decimotercero y decimocuarto de la ley N° 21.330*, conocido como caso del Retiro 2, propuesta de un grupo de integrantes del Congreso Nacional, quienes formularon la petición de permitir a personas el retiro de sus fondos de la cuenta 2. Se materializó en la incorporación de disposiciones transitorias del texto constitucional. Para ello, *la presidencia del país sostuvo que el camino escogido por el Congreso infringía la Constitución, en sus Artículos 127, Artículo 19 N° 18 y el Artículo 65. En virtud de ello, afirma que tal exención o inmunidad jurisdiccional, no reconoce precedentes en el derecho público chileno*. Sin embargo, esto no pasa a ser más que una mera declaración, porque como ya se indicó anteriormente, el Tribunal Constitucional no aplica el precedente obligatorio, no obstante, en la práctica mantiene iguales o similares criterios de interpretación a nuevos casos.

La situación descrita refleja el principio de vinculación directa de los preceptos constitucionales de todos los órganos del Estado, conforme con el Artículo 6, inciso segundo, de la Constitución²⁰.

Siguiendo con los criterios de interpretación emanados de la jurisprudencia, se analizará parcialmente el Rol 13.035-2022, *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional respecto de los Artículos 5°, inciso segundo; 10, inciso segundo, y 11, letras a) y c), de la Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública*.

¹⁹ Artículo 94 de la Constitución Política de la República.

²⁰ En el proceso de formación de la Ley Orgánica Constitucional del TC, en el ámbito de la Cámara de Diputados, se resolvió eliminar la norma que establecía la vinculación directa de los órganos del Estado con lo resuelto por el Tribunal, esgrimiendo la razón de que resultaba redundante con los Principios Generales de Derecho Público.

Como consecuencia de esta omisión se estaría afectando el Principio de Clausura del Derecho Público, reconocido en el Artículo 7, inciso 2°, de la Constitución. En el sentido de que esta norma no refleja la idea de las potestades implícitas a diferencia de otros casos del derecho comparado, en ese sentido se cita la Ley Orgánica del TC español, que expresa: “las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el efecto de cosa juzgada vinculante a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.

En síntesis, afirma la parte requirente que la gestión pendiente que invoca se origina en la solicitud de información efectuada el 30 de mayo de 2021, por CentroVet, quienes solicitaban al Servicio Agrícola y Ganadero la información de productos veterinarios biológicos y antimicrobianos que se encontraban registrados para el uso de peces, salmónidos y otras especies, nombre del producto, compuestos, etc.

Resulta relevante para el caso concreto, el *II: Consideraciones previas en relación con el precedente* de ese tribunal, pues señala varios roles respecto del requerimiento en que solo se ha impugnado dicho precepto o bien, otra serie de roles en que declararon inaplicable lo solicitado. En especial lo estipulado en el 12º: *En relación con la jurisprudencia de este Tribunal sobre sus precedentes, algunas sentencias han explicitado que existe precedente vinculante; otras mencionan que existe un precedente aplicable pero que debe ser reemplazado; hay sentencias en que el voto de minoría cuestiona directa o indirectamente a la mayoría apartarse del precedente que se estima vinculante; existen casos en que busca actualizar uno anterior sin modificarlo...*²¹.

En vista de ello, el Tribunal sostuvo como criterio general que: *para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación con una materia determinada, ello crea la certeza y seguridad jurídica necesaria para todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que este resuelva sobre el punto.*

En este mismo sentido, en materia internacional se obliga al Estado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

Los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades²².

²¹ García García, José Francisco (2018). Precedente horizontal *de facto* en el Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho Público*, número especial, pp. 247-262.

²² "PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA", publicada mediante Decreto Nº 873, de 5 de enero de 1991. A saber:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos.

1. Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En consecuencia, resulta relevante destacar la incorporación del llamado control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con efecto obligatorio en la jurisdicción nacional. En la práctica se han planteado conflictos de interpretación en la labor de la Corte Interamericana y los jueces nacionales.

En resumen, la obligación del control de convencionalidad tiene su fuente en el Derecho Internacional. En este sentido, se destaca: en primer lugar, la imposibilidad de poder esgrimir impedimentos internos para no cumplir con las obligaciones derivadas del Derecho Internacional; y, en segundo lugar, la labor de ajustar su ordenamiento jurídico interno al Derecho Internacional.

En síntesis, la clave de este proceso es garantizar por parte del Estado la plena vigencia de los Derechos Humanos consagrados en los tratados internacionales²³, realizando la integración entre ambos ordenamientos jurídicos con el efecto vinculante de las sentencias.

Asimismo, es oportuno citar el requerimiento de inconstitucional ante el Decreto Supremo número 3.214, del 2022, dictado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos por el que se otorgó el indulto presidencial.

Este requerimiento se interpuso junto con otros seis, ellos son roles número 13.964, 13.965, 13.968, 13.969, 13.970 y 13.971.

El órgano de control se pronunció por el rechazo de los seis requerimientos contra los respectivos decretos de indulto, por los aspectos políticos del acto y por ser una atribución exclusiva del Presidente de la República, y por esta razón, estar exentos de control judicial.

Efectivamente, es posible que puedan ser objeto de una fiscalización política o constitucional, debido al principio de separación de funciones jurídicas y del equilibrio y control recíproco que debe existir entre los órganos constitucionales.

El Tribunal esgrimió que no hay ausencia de fundamentación, los argumentos son suficientes. Asimismo, no hay desviación del fin del acto, el acto administrativo fue dictado en el marco de las atribuciones asignadas en la norma de manera exclusiva al Presidente de la República.

El Tribunal rechaza el requerimiento no porque el acto no carezca de falta de motivación, sino más bien porque el fin del indulto es una atribución exclusiva del jefe de Estado, que busca la paz social y la cohesión nacional y no hay arbitrariedad, los fundamentos son suficientes, es decir, no hay exceso o desviación de poder, fue

²³ En el caso de América Latina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado la obligación de los Estados parte en la Convención Americana de Derechos Humanos de realizar un control de convencionalidad. En efecto, el control de convencionalidad sería el control que realiza el juez nacional en cuanto a la adaptación de la norma interna a la internacional. Criterio de interpretación reiterado en distintas sentencias. Ej. Caso Almonacid *vs.* Chile, año 2006. Caso Fontevecchi y D'Amico *vs.* Argentina, de 2011.

dictado con sujeción al principio de supremacía de la Constitución y de la separación de funciones jurídicas.

No obstante lo señalado, los argumentos en que se funda el voto disidente se basan en que el control de constitucionalidad no implica un examen político de los decretos impugnados, sino que se fundamenta en los vicios de constitucionalidad de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 93, inciso primero, número 16, de la Carta Fundamental, a saber, la falta de fundamentación y la desviación del fin debido a que invade atribuciones judiciales y la vulneración de la igualdad ante la ley, que prohíbe actos discriminatorios carentes de razonabilidad.

9. CONCLUSIONES

En esta instancia podemos subrayar las siguientes ideas centrales: el *Common Law* es el producto de la elaboración de los tribunales, consistente en dirimir litigios entre los particulares, como se señaló anteriormente.

A diferencia del Derecho Romano germánico, la norma jurídica tiene la característica de ser menos abstracta, es la norma que soluciona un proceso y no es una norma de conducta de carácter general destinada a producir efectos hacia el futuro.

El *Common Law* es una especie de Derecho Público (a diferencia del Derecho Romano, fundado en el Derecho Civil), en su origen relacionado con la jurisdicción real, esta se ejercía cuando estaban en juego los intereses del reino.

En el caso del *Common Law*, no es necesario consagrar expresamente la figura del precedente vinculante, a diferencia del derecho continental romanista que debe estar regulado expresamente en la norma constitucional o en las disposiciones legislativas. Hoy, la aplicación del precedente vinculante permite la plena vigencia de los principios constitucionales que iluminan todo el texto normativo, en especial el principio de supremacía constitucional, el de igualdad y el principio de separación de funciones jurídicas; ello representa un límite a las atribuciones de los Tribunales de Justicia y de todos los órganos del Estado.

El Derecho inglés es un Derecho Jurisprudencial, tanto el elaborado por los Tribunales de Westminster, como la *Equity* desarrollada por el Tribunal de la Cancillería. Como consecuencia, existe una Administración de Justicia centralizada y concentrada. Asimismo, el Derecho de Estados Unidos de Norteamérica es un Derecho Jurisprudencial, pero enriquecido por la Legislación.

Por estas circunstancias, el método jurídico está centrado en la figura del juez, a diferencia de lo que sucede en Europa continental, que se funda en la labor del teórico y del legislador.

Se argumenta en contra de la vigencia del precedente la regla establecida en el inciso segundo del artículo tercero del Código Civil chileno, referido al efecto

relativo de las sentencias, y se ha entendido este efecto relativo como un límite que el legislador impone a la fuerza normativa de las decisiones judiciales.

La vigencia del precedente no afecta el sistema de fuentes del Derecho Civil ni la independencia judicial. El seguimiento del precedente en el ámbito procesal civil y, en general, en todos los ámbitos procesales, incrementa la seguridad jurídica, aporta a la racionalidad de la interpretación y genera economía procesal.

Concluimos con la importancia del precedente vinculante como forma de tutela del valor constitucional de seguridad jurídica. La seguridad jurídica es una garantía general que obliga a todos y un medio de interpretación constitucional. Asimismo, se relaciona con la certeza jurídica, la estabilidad en las sentencias judiciales, respetando principios constitucionales fundamentales.

En consecuencia, resulta necesario vigorizar el rol cumplido por los jueces y atribuir a la jurisprudencia un valor obligatorio, con el fin de convertirse en un instrumento útil para los intérpretes del derecho. En efecto, se evitaría la dualidad de criterios respecto de una misma materia logrando coherencia, armonía en las decisiones judiciales, tutelando la plena vigencia de los derechos constitucionales. Cualquiera sea el sistema de fuentes del derecho, debemos tener presente que el núcleo esencial está representado por el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales en el contexto de un Estado democrático y social de derecho. Ello refleja la protección de la dignidad humana, que es la base de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de Chile, siendo un límite en el ejercicio del poder político soberano del Estado, establecido en el Artículo 5° de la Constitución Política de la República.

REFERENCIAS

- AGUILAR CAVALLO, GONZALO (2013). El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado, *Revista DIREITOGV18*, São Paulo.
- COOPER, H.H. La relación contemporánea del *Common Law* con las convenciones, costumbres y Constitución británica. *Revista de Derecho Público*.
- DÍAZ COLCHADO, JUAN (2022). Fuentes del Derecho y Precedentes Constitucionales: Encuentros y desencuentros en el Sistema de justicia de Perú, *Revista Derecho & Sociedad*, N° 58.
- GARCÍA GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO (2018). Precedente horizontal *de facto* en el Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho Público*, número especial.
- GONZÁLEZ, MANUEL (2005). Perspectiva de las jurisdicciones mixtas dentro del marco de los sistemas contemporáneos. *Quid Iuris*, ISSN-e 1870-5707.
- HART, H.L.A. (1980). *El concepto de Derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Editora Nacional. México.

- LONDOÑO, NÉSTOR RAÚL. La obligatoriedad de los principios del derecho en el *Common Law* de Estados Unidos. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 36.
- MORINEAU, MARTA (2003). *Introducción al Sistema del Common Law*.
- PEÑA TORRES, MARISOL (2006). El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa. *Estudios Constitucionales*, vol. 4, núm. 1.
- RAMÍREZ FIGUEROA, JIM (2018). *Legal culture and legal transplants*. A propósito de la recepción del precedente vinculante y el sistema jurídico peruano.
- RUBANO LAPASTA, MARIELA (2000). Sistema del *Common Law* en el Derecho inglés y el Derecho de Estados Unidos de América. *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 18, Universidad de la República Oriental del Uruguay.
- SÁNCHEZ GIL, RUBÉN (2020). *Cuestiones Constitucionales*, Nº 43, Ciudad de México.
- VON SAVIGNY, FRIEDRICH C. (1879). *Sistema de Derecho privado Romano II*. (Traducción de J. Mesía y Manuel Poley) Madrid, España.

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA REGIÓN COMO ENTIDAD TERRITORIAL: APORTES DESDE LA HISTORIOGRAFÍA

*Cristóbal Méndez Cea**

RESUMEN

La regionalización se erige como el principio rector que impulsa y orienta la acción del Estado en el territorio, estructurando un modelo organizativo basado en la Región como la principal entidad territorial infraestatal. Sin embargo, al estudiar la naturaleza jurídica de la Región, la doctrina se ha limitado a abordarla prescindiendo de los campos externos al derecho. En este sentido, el presente trabajo de investigación de carácter exploratorio tiene como propósito ofrecer una contribución conceptual al debate de la naturaleza jurídica desde una disciplina afín al derecho: la Historiografía. Se expondrá, por una parte, el ingreso de la noción de Región en Chile en la normativa correspondiente a la planificación territorial y urbana durante la primera mitad del siglo XX; luego, se efectuará un comentario acerca del proyecto falangista en materia de administración interior del Estado, propuesto en la campaña presidencial de Eduardo Frei Montalva, para finalizar con una reseña al plan regionalizador del régimen militar en los Decretos Ley 573 y 575, de 1974.

Palabras clave: Regionalización, administración territorial, Región, Historiografía, entidad territorial.

1. INTRODUCCIÓN

En el marco del estudio de las distintas formas de Estado, se nos ha legado fruto de la modernidad la gran clasificación tripartita entre Estados federales, regionales y unitarios¹, todos compuestos por distintas entidades territoriales, las que tendrán objetivos y roles de diversa índole en la administración territorial, según la forma de Estado a la que nos enfrentemos². En lo que respecta al Estado unitario, los debates

* Estudiante de la Carrera de Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad San Sebastián. Correo electrónico: cmendezc6@correo.uss.cl

¹ Juan Ferrando Badia (1978). El Estado unitario, el federal y el Estado regional. España: Tecnos.

² Departamentos, provincias, regiones, comunas, entre otras.

más significativos se han dado en torno a los criterios de distinción que permiten señalar si tal Estado pertenece a la variante unitaria o no³ y de los niveles de autonomía que se les entregan a las entidades territoriales, ya sea desde la función de gobierno o la de administración –el eterno debate en torno a la centralización y concentración–, así como las distintas clasificaciones de Estado unitario⁴.

Para el caso chileno, uno de los debates más relevantes en el estudio del Estado unitario ha sido el de la regionalización; este principio que se erige como el eje matriz que impulsa y orienta la acción del Estado en el territorio, estructurando un modelo de organización interior basado en la Región como la principal entidad territorial infraestatal. No obstante, al analizar su naturaleza jurídica –aquella búsqueda por su esencia que permite distinguirla de otras entidades jurídicas–, la doctrina se ha limitado a examinarla prescindiendo de disciplinas próximas al Derecho, proponiendo definiciones normativas o doctrinarias⁵, las que, si bien abordan conceptos como el territorio o la agrupación humana, no tienen como propósito ir más allá de la esfera jurídica. En este sentido, Benoît Delooz señala que los entes territoriales incluyen “elementos extrajurídicos indispensables”⁶ que complejizan su estudio y hacen casi imposible una definición. Sin embargo, no compartiremos del todo su enfoque estrictamente jurídico de los entes territoriales⁷, por cuanto estimamos que la región, por su naturaleza polisémica, se enriquece con perspectivas multidisciplinarias que al integrar elementos extrajurídicos abre nuevas vías para un estudio de las entidades territoriales más dinámica y adaptada a los desafíos contemporáneos.

Sin embargo, este trabajo posee una pretensión meramente exploratoria y que busca contribuir mediante disciplinas afines al derecho al estudio de la administración territorial del Estado y, en específico, al debate acerca de la naturaleza jurídica de los entes territoriales sin pretensiones de agotar el tema ni mucho menos clausurarlo, sino que dando pie para investigaciones posteriores. En conclusión, para lograr nuestro cometido este trabajo se dividirá en tres partes: en primer lugar, se expondrá la legislación relativa a la planificación territorial y urbana dictada a inicios del siglo XX, la que además de introducir el concepto de región en nuestro ordenamiento jurídico, incubó un nuevo *ethos* tecnocrático centrado en la planificación como “instrumento que ordena la acción de las diferentes dependencias del Estado en torno a

³ Javier Valle Silva (2018). El Estado unitario chileno: Análisis y reconstrucción de su *ethos* (Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2018), 28, <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/185143>.

⁴ Estados unitarios simples o complejos, descentralizados, desconcentrados, etc. Para profundizar, véase Ferrando Badía, El Estado unitario...

⁵ Benoît Delooz Brochet. “El poder territorial en Chile y Francia: elementos de análisis crítico de la descentralización en derecho comparado” (Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2015), 102-7, <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/185118>.

⁶ *Ibid.*, 102.

⁷ *Ibid.*, 102.

un objetivo común”⁸; luego se realizará una reseña acerca del proyecto falangista en materia de administración interior del Estado propuesto en la campaña presidencial de Eduardo Frei Montalva, para finalizar con un comentario acerca del plan regionalizador del régimen militar configurado en los Decretos Ley 573 y 575, de 1974.

2. LA REGIÓN COMO INSTRUMENTO DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL: LEGISLACIÓN Y URBANISMO

Con la expansión de los centros urbanos debido a la emigración campesina durante el inicio del siglo XX el ordenamiento urbanístico del territorio comenzaba a transformarse en una de las misiones fundamentales de la administración pública. Para el caso chileno, el primer encuentro de la administración con la necesidad de una efectiva planificación urbana se da en 1929, con la dictación de la Ley N° 4563, a propósito del terremoto de Talca de 1928, en este sentido Brieva citado en Gross se pronuncia referente a la citada ley como: “el primer atisbo de ordenación urbanística de las ciudades al disponer que aquellas que tuviesen más de 20.000 habitantes deberían elaborar un Plano General de Transformación”⁹; y no será hasta 1931 en donde los denominados Planos Oficiales de Urbanización quedarán fijados como la forma de regular el crecimiento de las ciudades chilenas¹⁰.

Sin embargo, una verdadera intención consciente y dirigida por diseñar y planificar el territorio nacional llegará en 1939, año cuando se realiza el Primer Congreso Chileno de Urbanismo en Valparaíso, que estableció “por primera vez en el país materias de planificación territorial y formuló una serie de principios, entre los cuales se destacaba que la acción reguladora del urbanismo en la vida colectiva debía aplicar los planes que le dictara una política superior”¹¹.

Como se podrá ver, es en esta época donde comienza a gestarse una noción de planificación del territorio que hasta hace poco era ajena a la mentalidad de los burócratas nacionales, en general; un modelo que pretende construir el espacio geográfico de la ciudad más allá de las plazas, zonas habitacionales u ornamentación y que contempla una lógica *top-down* desde donde unificar los criterios con los que

⁸ Juan E. Santarcángelo, “La planificación como herramienta política de transformación social. Reflexiones desde América Latina”, *Ciclos en la Historia, la Economía y la Sociedad*, N° 61 (31 de diciembre de 2023). 8, [https://doi.org/10.56503/ciclos/nro.61\(2023\)pp.5-29](https://doi.org/10.56503/ciclos/nro.61(2023)pp.5-29).

⁹ Amador Brieva y Lionel Bastías, *Ordenanza General de Construcciones y Urbanización*, 3ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1980), citado en Patricio Gross, “Santiago de Chile”, 32.

¹⁰ Rodrigo Hidalgo Dattwyler (2021). “La década de 1950 en Chile. Un período clave en la definición de las políticas de vivienda y la planificación urbana contemporánea”. *Revista de Geografía Norte Grande*, N° 27 (octubre): pp. 173-80. <https://pensamientoeducativo.uc.cl/index.php/RGNG/article/view/43335>.

¹¹ Gross, Santiago de Chile, p. 33.

se planifica todo el territorio nacional. No obstante, la administración territorial del Estado mantenía para la época las nomenclaturas legadas de la época colonial, el concepto de provincia llevaba allí al menos 300 años, no solo en el ideario colectivo nacional, sino que también en los incipientes tecnócratas que se harían cargo del Estado para la época; sin ir más lejos, la propia Constitución de 1925 mantuvo la provincia como la primera entidad territorial infraestatal¹². Para encontrar efectivamente una alusión directa por parte del Estado al concepto de Región debemos acudir a las modificaciones de la Ley de Vivienda y Urbanismo de 1953, la que introduce por primera vez el concepto, además de los denominados “Planos regionales”, de la siguiente manera:

Se entenderá por Plano Regulador Intercomunal a aquel que, de acuerdo con el Plano Regional, organiza la vida colectiva en las comunas del país y en el cual se ordenan armónicamente las viviendas, el trabajo, el esparcimiento, el transporte y la movilización.

Se entenderá por Plano Regulador Comunal aquel que de acuerdo con el Plano Regulador Intercomunal, ordena y da normas sobre obligaciones, prohibiciones y disposiciones del uso del suelo y de la edificación en la comuna, con el objeto de dar a la población las máximas condiciones de higiene, de seguridad, de comodidad y de estética¹³.

Estos planes tenían la particularidad de que exigían un trabajo mancomunado de los municipios con el Ministerio de Obras Públicas, que expresado por medio de los servicios locales de cada provincia eran la manifestación concreta de una ejecución unificada de la planificación territorial que provenía desde la capital; en coherencia con este planteamiento, Hidalgo Dattwyler señalará:

Dicha cartera de Estado tuvo a su cargo supervigilar la elaboración de las citadas herramientas de planificación para llevarlas a cabo en el caso en que las municipalidades no pudiesen hacerlo o tuviesen limitaciones de carácter profesional o financiero; con ello, muchas veces se pasó por encima de los intereses locales y las proyecciones fijadas por el Ministerio fueron las que presentaron mayor peso en las decisiones de zonificación de los “Planos Reguladores”¹⁴.

En lo que respecta a la Región, como ya se señaló, serán estas modificaciones a la Ley de Vivienda y Urbanismo las que harán mención expresa al concepto¹⁵, junto

¹² Constitución Política de la República de Chile de 1925, Capítulo VII, artículo 88.

¹³ Ministerio de Hacienda. Decreto con Fuerza de Ley N° 224, 22 de julio de 1953. Modifica y fija texto definitivo de la Ley de Construcciones y Urbanización. Santiago: Ministerio de Hacienda, 1953, p. 3., citado en Hidalgo Dattwyler, La década de 1950 en Chile, p. 178.

¹⁴ Hidalgo Dattwyler, La década de 1950 en Chile, p. 179.

¹⁵ Además, se agregaron los conceptos de microrregión, metrópoli, intercomuna. Para más profundidad, véase Gross, *Santiago de Chile (1925-1990)*, p. 32.

con el cambio llevado a cabo por la Dirección de Planeamiento del Ministerio de Obras Públicas en 1954, el que consistía en una nueva división regional de Chile que introducía novedosos conceptos para la administración territorial de la época¹⁶ y que se fundamentaban en ideales que guardaban relación con un desarrollo económico y social equitativo entre los distintos territorios del país. Sin embargo, estas novedosas divisiones territoriales radicadas en el mencionado ministerio y planos reguladores aún no lograban permear la arquitectura administrativa chilena, para aquello deberemos avanzar hasta el gobierno democratacristiano para ver por primera vez en el acontecer nacional una verdadera revolución territorial.

3. LA DEMOCRACIA CRISTIANA Y LA ERA DE LAS PLANIFICACIONES GLOBALES

La década del 60 se inauguraba con la era de las planificaciones globales, modelos de construcción de un nuevo Estado que pretendían posicionarse en la vanguardia internacional y que tuvo a tres grandes grupos en disputa buscando una “revolución desde arriba”¹⁷. Uno de estos grupos, aquel con los cuadros más aventajados por su amplia capacidad técnica y de ejecución fue la Democracia Cristiana con don Eduardo Frei Montalva a la cabeza, quien resultaría electo en las elecciones presidenciales de 1964, dando paso a una nueva época en el acontecer nacional. Para la primavera de 1963 se celebraría en Concepción el Congreso de Planificación Regional, que reuniría a cerca de 800 profesionales de distintas comunas de la provincia¹⁸. En ella, don Patricio Aylwin Azócar daría un discurso ante la multitud, enseñando al público el proyecto falangista en lo que respecta a la administración interior del Estado, el que por cuestiones de formato será transcrito en lo que nos interesa de forma íntegra para efectos de analizarlo¹⁹.

¹⁶ Luis Bravo. “Chile: el problema de la vivienda a través de su legislación (1906-1959)”, en nota 10, p. 65, citado en Hidalgo Dattwyler, La década de 1950 en Chile, p. 179.

¹⁷ Mario Góngora, 1915-1985. “Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX”. Disponible en Memoria Chilena, Biblioteca Nacional de Chile, <https://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-7835.html>.

¹⁸ Historia del Gobierno Regional del Biobío, *Reseña de Bernardino Sanbueza Pino, Ex Secretario de Planificación Regional*, <https://gorebiobio.cl/historia/>.

¹⁹ Debido al formato en el que se encuentra el archivo, la transcripción se hará omitiendo los borradores o correcciones que el expresidente Aylwin hizo en su discurso, limitándome solo a transcribir el texto limpio. Aun así, no dejan de ser relevantes los borradores y correcciones que hace el expresidente en cuanto pueden representar ideas en un momento pensadas y luego modificadas por otras. Solo por dar un ejemplo, en el texto original, en dos ocasiones se tarjan alusiones a la “región”, cambiándolas por la idea de “zonas” o manteniendo la denominación de “provincias”.

Uno de los aspectos en que esta necesidad se presenta con mayor dramatismo es el de la “administración interior del Estado”. Mucho se ha hablado en Chile acerca de “descentralización administrativa territorial”, tema eterno de discursos, programas y promesas. Pero muy poco se ha hecho por estudiar en serio esta cuestión y por encontrar soluciones efectivas. La Constitución Política divide el territorio nacional, para los efectos de su administración interior, en provincias y comunas, y encomienda la administración de estas últimas a las municipalidades y la de las primeras, a los intendentes asesorados por las “asambleas provinciales”. Como el intendente es órgano natural e inmediato del jefe del Estado, dichas asambleas serían las que expresarían la voz de la provincia en lo relativo a sus propios problemas. Pero esas asambleas nunca se crearon, como nunca se cumplió el propósito, expresado por la Constitución de 1925, de que las leyes confirieran paulatinamente a los organismos provinciales o comunales las atribuciones y facultades administrativas que entonces ejercían otras autoridades, con el fin de proceder a la descentralización del régimen administrativo interior.

Este Congreso de Planificación Regional, por su naturaleza, ha de ocuparse especialmente de este tema. No es posible pensar en una política de desarrollo económico y social de una región sin dotar a esta de los instrumentos institucionales adecuados para incorporar a los habitantes de esa región a la ejecución de esa política y para darle una dirección inmediata, ágil y eficaz.

Con el afán de contribuir en algo al estudio que realizaréis, hemos insinuado algunas ideas concretas dentro del marco de los principios que inspiran el Programa de Frei en esta materia. Pensamos que la Constitución Política debe dividir el territorio nacional, para los efectos de su administración interior, en no más de diez zonas o regiones. Estas regiones deben ser la base para la división de los servicios públicos de la administración general de la Nación²⁰.

Los acuerdos obtenidos fruto de las sesiones de debate que se dieron en el mencionado Congreso tuvieron efectos inmediatos una vez investido el presidente Frei Montalva, quien no tardó en trasladarse junto con su equipo a la otrora provincia de Concepción, para iniciar formalmente la creación de la Región del Biobío, la que se constituiría como “una experiencia pionera en el país”²¹. Asimismo, será el ideario falangista y sus cuadros quienes por primera vez en la historia nacional se propondrían un plan verdaderamente revolucionario en lo que respecta a la administración territorial del Estado, cambiando a la provincia como entidad territorial tradicional por la idea de Región, concepto –como ya se ha visto en este artículo en lo que respecta a su historia en la administración territorial– con un enfoque en

²⁰ Patricio Aylwin (1963). *Discurso de Patricio Aylwin en Congreso de Planificación Regional en la ciudad de Concepción*. 1 de diciembre. <http://www.archivopatricioaylwin.cl/handle/123456789/1594>.

²¹ Historia del Gobierno Regional del Biobío, *Reseña de Bernardino Sanhueza Pino, Ex Secretario de Planificación Regional*, <https://gorebiobio.cl/historia/>.

el desarrollo económico y social equitativo de la población y, por tanto, tendiente a la homogeneización de los territorios mediante planes nacionales. Estas reformas patrocinadas por el gobierno de la época no lograron obtener el apoyo esperado, quedando congelado su trámite legislativo en la Cámara Alta. Sin embargo, los intentos por avanzar en esta materia no se limitaron solo a las reformas estructurales, sino que también se llevó a cabo la creación de la Oficina Nacional de Planificación (Odeplan) por medio de la Ley Nº 16.635²², la que “implementó una regionalización del territorio nacional que es la que, con algunas variaciones, rige hasta hoy”²³ con la misión principal de planificar el desarrollo.

4. EL RÉGIMEN MILITAR Y SU IDEAL REGIONALIZADOR

Con la llegada del régimen militar, en 1973, y la victoria de uno de los tres grupos en disputa por llevar a cabo la revolución desde arriba, el 12 de julio de 1974 se publica el Decreto Ley (D.L.) 573, denominado “Estatuto del Gobierno y Administración Interior del Estado”, el que en concordancia con el D.L. 575 tenía como objetivo la regionalización del país. Si bien el régimen militar tenía un carácter abiertamente autoritario y es bien sabido por el lector su origen dictatorial, esto no obstó para que los primeros avances regionalizadores daten de esa época, siendo hasta hoy el régimen en el que nos encontramos²⁴, así señalaría el propio D.L. 573 como ideal regionalizador en el numeral quinto del encabezado: “Que es preciso reemplazar el actual Régimen de Administración Interior por un régimen que agregue al concepto de Administración, el de Planificación, y que ambos tengan como objetivo el desarrollo socioeconómico del país”²⁵; y agrega en su numeral cuarto: “Que es de toda conveniencia establecer una nueva división político-administrativa del territorio nacional con el objeto de posibilitar la planificación del desarrollo”²⁶. Será finalmente el D.L. 575 el que configure arquitectónicamente la estructura legal a la que estarán sujetas las otroras provincias, ahora reconvertidas en regiones²⁷.

²² Ley 16.635, “Crea la Oficina de Planificación Nacional (Odeplan)”, 24 de abril de 1967, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=28592>.

²³ “Historia del Gobierno Regional del Biobío”. <https://gorebiobio.cl/historia/>.

²⁴ Osvaldo Oelckers Camus (2024). “Descentralización Administrativa y regionalización”. *Revista Chilena de Derecho*, 24 (2), pp. 353-367. <https://revistacienciapolitica.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/77680>.

²⁵ Junta de Gobierno. *Decreto Ley Nº 573: Estatuto del Gobierno y Administración Interior del Estado*. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=6207&f=1987-04-07&p=>

²⁶ Ibid.

²⁷ Se encarga en líneas generales de establecer la división territorial de cada Región, de qué entidades territoriales estará compuesta cada una de ellas, etc.

Asimismo, parece haber en los citados D.L. la consumación de un proceso, de una forma de comprender el territorio que comienza a formarse lentamente en los inicios del siglo XX con las primeras intenciones de planificación *top down*, en una búsqueda por un desarrollo social y económico mediante la racionalización de los mecanismos de diseño de forma centralizada. No obstante, la regionalización del territorio representa un fenómeno casi inevitable en la evolución de los Estados-Nación modernos, los que más allá de nomenclaturas operan por medio de la planificación técnica de los procesos sociales. En este sentido, la regionalización como ideal y la Región como instrumento suponen una profundización de este engranaje, con el objetivo de lograr un desarrollo social homogéneo que trasciende las diferencias culturales o étnicas que puedan presentar los territorios.

5. CONCLUSIONES

- a) Que el origen del concepto de Región en Chile se encuentra en los inicios del siglo XX, cuando por primera vez se llevan a cabo intentos por parte de la administración de una planificación racional y centralizada de los territorios, por medio de legislación que buscaba ordenar el espacio geográfico del país mediante el Ministerio de Obras Públicas y de los instrumentos de planificación, llamados genéricamente como planos reguladores, los que configuran la Región como espacio planificado, y que si bien esta nomenclatura no se vio plasmada en la estructura jurídica de la administración interior sí era aquella utilizada técnicamente por los servicios encargados de la planificación. Además, en esta década comienza a darse un cambio en la mentalidad de la burocracia estatal, que buscaría mediante estos instrumentos jurídicos el desarrollo económico y social de los territorios, de forma equitativa y solidaria.
- b) Que será la Democracia Cristiana y sus ideales transformadores los que buscarán llevar a cabo una reforma estructural en la legislación vigente, cambiando las viejas provincias legadas de la tradición hispana por la Región, proceso que no pudo llevarse a cabo, entre otras cosas, por no contar con el apoyo en el Parlamento. No obstante, se creará en 1967 la Odeplan, oficina encargada de llevar a cabo una planificación regional del desarrollo. Empero, será finalmente el régimen militar quien finalice el proceso iniciado por la Democracia Cristiana con su ideal regionalizador del país, el que buscaba una planificación del desarrollo centralizado; en ese sentido, el régimen militar más que revolucionar la administración interior vino a consumir un proceso que se venía gestando desde hace algunas décadas.
- c) Que el concepto de Región como entidad territorial en sus elementos historiográficos está vinculado a la idea de planificación y diseño racional centralizado

mediante planes nacionales, los que se ejecutan de forma homogénea en el territorio nacional.

REFERENCIAS

- AYLWIN, PATRICIO (1963). “Discurso de Patricio Aylwin en Congreso de Planificación Regional en la ciudad de Concepción”, 1 de diciembre. <http://www.archivopatricioaylwin.cl/handle/123456789/1594>.
- BRIEVA, AMADOR, Y LIONEL BASTÍAS (1980). Ordenanza General de Construcciones y Urbanización. 3.^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Constitución Política de la República de Chile de 1925, Capítulo VII, artículo 88. <https://www.bcn.cl/leychile/>.
- DELOOZ B., BENOÎT (2015). “El poder territorial en Chile y Francia: Elementos de análisis crítico de la descentralización en Derecho comparado”. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/185118>.
- FERRANDO B., JUAN (1978). El Estado unitario, el federal y el Estado regional. España: Tecnos.
- GÓNGORA, MARIO (1981). Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX. 1915–1985. Memoria Chilena, Biblioteca Nacional de Chile. <https://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-7835.html>.
- GROSS, PATRICIO (1990). “Santiago de Chile (1925–1990)”. En Santiago de Chile, pp. 32–33.
- HIDALGO D., RODRIGO. “La década de 1950 en Chile. Un período clave en la definición de las políticas de vivienda y la planificación urbana contemporánea”. *Revista de Geografía Norte Grande*, N° 27 (octubre): pp. 173–80. <https://pensamientoeducativo.uc.cl/index.php/RGNG/article/view/43335>.
- HISTORIA DEL GOBIERNO REGIONAL DEL BIOBÍO. Reseña de Bernardino Sanhueza Pino, Ex Secretario de Planificación Regional. <https://gorebiobio.cl/historia/>.
- JUNTA DE GOBIERNO. Decreto Ley N° 573: Estatuto del Gobierno y Administración Interior del Estado. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=6207&f=1987-04-07&p=>.
- LEY 16.635, CREA LA OFICINA DE PLANIFICACIÓN NACIONAL (Odeplan), 24 de abril de 1967. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=28592>.
- MINISTERIO DE HACIENDA. Decreto con Fuerza de Ley N° 224. 22 de julio de 1953. Modifica y fija texto definitivo de la Ley de Construcciones y Urbanización. Santiago: Ministerio de Hacienda, 1953.
- OELCKERS C., OSVALDO (1997). “Descentralización administrativa y regionalización”. *Revista Chilena de Derecho* 24, N° 2: pp. 353–367. <https://revistacienciapolitica.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/77680>.

- SANTARCÁNGELO, JUAN E. (2023). “La planificación como herramienta política de transformación social. Reflexiones desde América Latina”. *Ciclos en la Historia, la Economía y la Sociedad*, N° 61 (31 de diciembre): pp. 5-29. [https://doi.org/10.56503/ciclos/nro.61\(2023\)](https://doi.org/10.56503/ciclos/nro.61(2023)).
- VALLE S., JAVIER (2018). “El Estado unitario chileno: Análisis y reconstrucción de su ethos”. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/185143>.

LOS EFECTOS DE LA REINCIDENCIA EN CHILE RESPECTO DE LAS PENAS SUSTITUTIVAS DE LIBERTAD

*Daniela Millaray Maribuán Pareja**

RESUMEN

La presente monografía tiene como propósito el análisis de la Ley N° 18.216 y su actual reforma respecto de penas sustitutivas a las penas privativas y restrictivas de libertad, especialmente en el contexto de la reincidencia delictiva en los últimos cinco años. Para esto se analizan los datos estadísticos de Gendarmería de Chile desde el 2018 a la fecha, con el propósito de comparar la efectividad que ha tenido dicha reforma para combatir los altos niveles de reincidencia delictiva que aquejan a nuestra sociedad y transparentar la situación actual del sistema chileno. Se procura lograr una visión comparativa que, al mismo tiempo, sea analítica de los datos entregados por las instituciones consultadas para este trabajo.

Palabras clave: Reincidencia, sistema penitenciario, penas sustitutivas, Ley N° 18.216, Código Penal, fines de la pena.

INTRODUCCIÓN

La seguridad es uno de los temas más importantes de la vida social organizada, ya que está íntimamente relacionada con los temores principales de la sociedad. Una de las funciones fundamentales del Estado chileno guarda relación con garantizar la seguridad a los individuos que la componen. Para lograr este propósito, el Estado tiene la facultad de ejercer el poder, legitimado por un marco normativo y por sus distintas instituciones encargadas de su regulación.

La delincuencia es un fenómeno social complejo, que el Estado controla por medio de su acción punitiva, es decir, la potestad de este de sancionar a las personas

* Estudiante de Derecho modalidad vespertino, Universidad San Sebastián.
Correo electrónico: dmarihuanp@correo.uss.cl

que cometen algún delito. No obstante, ese no es el único objetivo; también busca obtener un efecto preventivo intimidatorio, mediante la amenaza de una sanción o contribuir con políticas públicas en la reinserción social de las personas, con el propósito de que no vuelvan a reincidir en conductas constitutivas de delito.

Chile tiene una de las tasas de encarcelamiento más altas a nivel mundial, y esta ha aumentado significativamente en las últimas dos décadas. Las cifras de diciembre de 2022 señalan que el sistema penitenciario alberga a 49.214 personas privadas de su libertad (Sistema Cerrado), con una capacidad de 41.762 plazas, lo que nos muestra que se encuentra en el 107,1% de su capacidad de uso¹.

Un problema que preocupa a nuestro sistema penal chileno y a la sociedad en general es la *reincidencia*, debido a que afecta directamente la seguridad pública. Un concepto práctico para principiar en esta materia es la otorgada por la Real Academia Española, la que determina que es “una reiteración de una misma culpa o defecto”. En términos generales, la literatura internacional ha entendido la reincidencia como “la repetición de una acción delictual”, y al reincidente, como aquel que se involucra en actividad delictiva de manera repetitiva.

En nuestra legislación concurre reincidencia solo respecto de crímenes o simples delitos, excluyéndose la reincidencia en las faltas².

La reincidencia no solo es un comportamiento indeseable y poco beneficioso para la sociedad, sino que es un hecho complejo que responde a múltiples factores, pues no solo guarda relación con la efectividad del cumplimiento de una condena en la cárcel y de los programas intramuros, sino que también se relaciona con la efectividad de los programas de apoyo para el egreso, ya sea por liberación temprana o por cumplimiento de condena. A estos factores, además, se deben sumar otros que influyen en el proceso individual de desistencia de cada sujeto y el apoyo tanto familiar como de las comunidades en que se inserta³. Frente a este escenario, el Estado detenta un gran desafío para hacer frente a esta problemática, mediante la aplicación de políticas públicas que respondan a la actual situación de la seguridad pública chilena.

¹ Gendarmería de Chile, *Compendio Estadístico Penitenciario 2022*, 31 de diciembre de 2022, disponible en: https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/Compendio_Estadistico_2022.pdf Fecha de consulta: 22 de noviembre de 2023.

² Iván Navas Mondaca, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), p. 391.

³ Ana María Morales Peillard, *et al.*, *La reincidencia en el Sistema Penitenciario Chileno* (Santiago: 2022), p. 7.

¿Cuál es la importancia de que una persona vuelva a realizar un delito tipificado por nuestro ordenamiento jurídico?

El profesor Iván Navas señala una característica muy singular respecto de la reincidencia: *Con la reincidencia se objetiviza una permanente actitud de desprecio por parte del delincuente hacia el Derecho, en cuanto expresión de la voluntad soberana de una sociedad. Dicha actitud no se queda solo en el fuero interno del delincuente, sino que es externalizada a través de la comisión de delitos anteriores, manifestándose así como una permanente falta de fidelidad y aceptación de las valoraciones sociales vigentes que sustentan filosóficamente las normas jurídico-penales* (Mondaca, 2022).

Actualmente, las tasas de reincidencia dan cuenta del complejo momento que están padeciendo las políticas de seguridad chilena; de la efectividad del control formal y de sus normas, de las posibilidades que tienen los sujetos de modificar su comportamiento delictivo y las oportunidades de reinserción efectiva que ofrece la sociedad. Es por esto que la medición de la reincidencia se utiliza para evaluar la eficacia de las políticas públicas y las posibles estrategias de control del delito para reducir las tasas.

Nuestro ordenamiento jurídico sanciona cualquier infracción que se realice a las normas, tanto en materia civil, administrativa, laboral, etc. Sin embargo, solo el derecho penal contiene sanciones que afectan intensamente a las personas, pues la mayoría de los casos implica una sanción privativa de libertad⁴.

En nuestro Código Penal, la reincidencia es tratada en los numerales 14, 15 y 16 del artículo 12, referido a las circunstancias que agravan la responsabilidad penal, numerales diferenciados en consideración a los distintos tipos de reincidencia.

Sin embargo, nuestra legislación también contempla diversas circunstancias modificatorias de responsabilidad, dando cuenta de un sistema muy reglado que claramente busca determinar el grado de culpabilidad, pero que no otorga a los jueces un nivel de discrecionalidad, ya que es la misma ley la que constituye un imperativo que establece de manera previa lo que es justo.

La finalidad del derecho penal está directamente vinculada a la función que cumple la pena, es decir, que se debe entender la pena como un fin en sí misma, sin importarle nada más que retribuir el mal causado, teniendo en todo caso como límite la culpabilidad. Para Hegel, la persona con su delito niega la vigencia del derecho en cuanto normativa vigente y la pena corresponde a la negación de este para restablecer el orden vigente vulnerado.

Existen diferentes penas, las que pueden ser clasificadas de acuerdo con distintos criterios; por su gravedad, atendiendo a su autonomía, en cuanto al objeto afectado. No obstante, el legislador utiliza con más frecuencia las penas privativas

⁴ Iván Navas Mondaca, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), p. 69.

de libertad, aun cuando hemos hecho mención de que los establecimientos penitenciarios se encuentran con una sobrepoblación y con “un alto nivel de hacinamiento pocas veces visto en la región. Condiciones de insalubridad extremas, que incluyen servicios precarios o deficientes de agua potable, alimentación, higiene y salud, así como pésimas condiciones de infraestructura y serias deficiencias o ausencias de verdaderos programas de readaptación social”, según lo observado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su visita en 2008.

En nuestra legislación, desde el Código de Procedimiento Penal de 1906, existen penas alternativas o sustitutivas de libertad. El artículo 603 –actual 564– contemplaba la facultad del juez para suspender la ejecución de la pena hasta por tres años, tratándose solamente de faltas y en el caso de que estuviésemos frente a un sujeto sin reproche penal pretérito⁵.

No fue sino hasta 1983, propiciada por un mensaje del Ejecutivo, cuando se gestó la modificación normativa más trascendental en lo que a penas alternativas a la privación de libertad se refiere. Ese año se dicta la Ley N° 18.216, sobre “Medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad”. Este hito se destaca, ya que impulsa su condena en medio de la sociedad activa y no desde la prisión. En la historia de la ley, en una interacción entre la subsecretaría de Justicia de la época y el almirante Merino, se develó cuál era la *ratio legis* detrás de estas alternativas. No era otra que reconocer a la cárcel como institución de contagio criminógeno y que el medio libre era el apto para alcanzar la reinserción social y evitar la reincidencia futura⁶.

Chile, durante los últimos años, ha ido cambiando su paradigma en relación con la naturaleza de las penas a aplicar, ya que, mediante la creación de las penas sustitutivas, que más adelante profundizaremos, se ha logrado reducir la población privada de libertad, dando un mayor énfasis al cumplimiento de la condena en el sistema abierto. Así, la nueva Ley N° 20.603, que reforma la Ley N° 18.216, nos entrega un nuevo panorama en el sistema penitenciario chileno, el que queremos analizar desde una perspectiva comparativa y examinadora.

⁵ Scielo, artículo de investigación “Las penas alternativas a la cárcel en Chile. Un análisis desde su evolución histórica”, 1 de julio de 2019, disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512019000100255. Fecha de consulta: 30 de noviembre de 2023.

⁶ Historia de la Ley N° 18.216, Acta N° 28, de Sesión de la Junta de Gobierno de 26 de octubre de 1982 (Valparaíso: Biblioteca del Congreso Nacional), pp. 22 y ss.

CAPÍTULO I. DE LAS PENAS SUSTITUTIVAS

1.1. Naturaleza jurídica

Las penas sustitutivas han emergido como un componente esencial en el sistema penal contemporáneo, buscando no solo sancionar conductas delictivas, sino también promover la reintegración social de los infractores.

En la evolución del derecho penal, el enfoque tradicional de castigo ha sido cuestionado a favor de una perspectiva más rehabilitadora y orientada a la reinserción social. Las penas sustitutivas de libertad, como la libertad condicional, servicios comunitarios o medidas educativas, representan un cambio de paradigma hacia la individualización de la pena y la consideración de las circunstancias personales del infractor.

Acerca de la naturaleza jurídica de las penas sustitutivas, en la doctrina nacional han surgido diversas opiniones, por ejemplo, el profesor Labatut considera que la perspectiva de gracia o del beneficio de la remisión condicional de la pena, comparándola con el perdón, constituye una facultad de los jueces una vez que se ha determinado la culpabilidad del enjuiciamiento. Señala que la remisión, por su propia naturaleza, es una institución destinada a servir de sustituto del indulto, llamada a figurar entre las causales de extinción de la responsabilidad penal⁷.

Sin embargo, otros autores consagrados en el país, como los profesores Garrido Montt, Cury, Novoa o Etcheberry, entre otros, consideran que no es posible y niegan alternativas de que sean concebidas como una especie de gracia, dándole un carácter netamente punitivo, esto aun cuando efectúan diferencias entre las distintas tipologías que se encuentran en la Ley N° 18.216.

Un ejemplo acerca de la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena; la mayoría de la doctrina nacional de la época está de acuerdo con darle una naturaleza suspensiva de la pena privativa de libertad, concibiéndola como una medida donde la pena queda en suspenso y en situación de ser remitida si el condenado cumple con las condiciones que le han sido fijadas para el periodo de prueba⁸. La diferencia principal se encuentra en Cury, quien considera que la remisión cumple más bien fines de carácter tutelar, por cuanto la pena remitida no se ejecuta y es sustituida tan solo por medidas de observación y asistencia del condenado.

A su vez, el profesor Etcheberry comparte esta idea, al considerar que la libertad vigilada tiene un carácter suspensivo de la pena privativa o restrictiva de libertad, quedando sujeto el condenado a la custodia de un delegado cuyas funciones se

⁷ Gustavo Labatut, *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992), p. 319.

⁸ Eduardo Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte general. Tomo II* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005), p. 730.

equiparan a las del oficial de prueba anglosajón⁹. De esta forma, su función no queda restringida a labores de vigilancia, como en el caso de remisión, sino que también está dirigida a la resocialización del sujeto, imponiéndose obligaciones al régimen de observación más estrictas.

En relación con lo anterior, gran parte de la doctrina nacional de la época considera que tiene el carácter de beneficio o medida, desechando la consideración de pena. Por ejemplo, la reclusión nocturna, niegan que tenga una naturaleza de suspensión de la pena privativa o restrictiva de libertad, sino que más bien sería una modalidad de su cumplimiento, que sería claramente más beneficiosa.

El profesor Politoff hace una separación entre las medidas relativas a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y las penas alternativas a la prisión propiamente tales. Las últimas corresponderían a penas principales excluyentes de la prisión para los casos de mediana y baja gravedad, de modo que su imposición no sería condición para no cumplir una pena privativa de libertad ni su incumplimiento se encontraría amenazado con la imposición de la pena privativa de libertad suspendida condicionalmente; caso en que se encontraría la pena de reclusión nocturna¹⁰.

Con los antecedentes descritos podemos apreciar que existe una variedad de opiniones respecto de la naturaleza jurídica de las alternativas en cuanto a su configuración como beneficio o pena sustitutiva. Sin embargo, existe un consenso en cómo se concibe la remisión condicional y la libertad vigilada como medidas que operan bajo una suspensión.

Respecto de la reclusión nocturna, no existe mucha claridad de su naturaleza jurídica, algunos la entienden como pena alternativa y otros como una especie de modalidad distinta de cumplimiento de pena privativa de libertad. El profesor Jean Pierre Matus señalaba que resultaba “...*equivoco englobar bajo el epígrafe de ‘medidas alternativas’ a instituciones de distinta naturaleza*. Así, más allá de lo expuesto por los citados autores, resulta plausible argumentar que la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada constituían, bajo la antigua regulación, *fórmulas de suspensión condicional de pena, mientras que la reclusión nocturna constituía, en esencia, una pena sustitutiva*¹¹.

Por tanto, la diferencia radica en que la suspensión “paraliza” la sanción original, mientras que la sustitución la “subroga”, lo que en términos prácticos genera importantes diferencias, en lo que a consecuencias jurídicas para el penado se refiere.

⁹ Ana María Morales y Sebastián Salineros, “Fundamento político criminal y naturaleza jurídica de las penas alternativas en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, 2020.

¹⁰ Sergio Politoff, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, segunda edición), p. 543.

¹¹ Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, segunda edición), p. 187.

Recordemos que el propósito fundamental de estas penas no es simplemente privar al delincuente de su libertad, sino ofrecer una alternativa que permita corregir el comportamiento criminal, rehabilitar al individuo y reintegrarlo positivamente en la sociedad. Este enfoque se alinea con principios de derechos humanos que abogan por la proporcionalidad de las sanciones y la dignidad humana, reconociendo la posibilidad de cambio y reforma.

1.2. Concepto de pena

El concepto de “pena”, según la Real Academia Española, se define como la privación o restricción de bienes o derechos que un órgano jurisdiccional impone a un sujeto culpable, como resultado de la comisión de una infracción penal.

Frente al concepto de pena ha existido diversidad de criterios y definiciones por distintos autores, entendiéndolo en su mayoría como la sanción impuesta a una persona que ha cometido un delito, con el objetivo de castigar la conducta delictiva, disuadir a otros y, en ciertos casos, rehabilitar al infractor. Este concepto es esencial en el derecho penal y se encuentra en el centro de la discusión pertinente a la justicia y la efectividad de las sanciones.

El concepto de pena ya no es entendido en el sentido tradicional, como la existencia de un mal para retribuir la culpabilidad de un individuo por haber realizado un hecho típico y antijurídico, sino que la jurisprudencia y la doctrina tienen concepciones distintas.

Immanuel Kant, en su libro *Metafísica de las costumbres*, desarrolla conceptos aplicables en materia penal¹². Aquí, Kant afirma y reconoce el derecho de castigar como *El Derecho que tiene el soberano de afectar dolorosamente al súbdito por causa de la trasgresión de la ley*¹³.

En simples palabras, podemos apreciar que la pena para Immanuel Kant es un deber moral y debe ser impuesta en razón del respeto a la ley. La pena debe ser retributiva y justa, es decir, debe corresponder a la gravedad del delito cometido.

Cesare Beccaria, en su obra *De los delitos y las penas*, fue el primero en establecer que la pena debe ser proporcional al delito cometido, señala que ... *debería haber una escala correspondiente de penas, de tal manera que graduasen desde la mayor hasta la menos dura, pero bastará al sabio legislador señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretando contra los delitos del primer grado las penas del último*¹⁴.

¹² Nicolás Santiago Cordini, “La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 43, 2014, p. 4.

¹³ Immanuel Kant, “*Die Metaphysik der Sitten traducida al español*” (Stuttgart: Reclam, 2011), p. 331.

¹⁴ Kizbeth Cárdenas, Carlos Francisco Camero, “Análisis de la obra *Tratado de los delitos y de las penas*, de Cesare Beccaria. Disponible en: <https://revistas.uas.edu.mx/index.php/JUS/article/>

En su visión, la pena tiene que ser suficiente para disuadir, pero no tan severa que se convierta en una forma de venganza. Beccaria argumenta que un sistema penal justo debe enfocarse en la prevención del delito mediante penas racionales.

La pena tiene ciertas características que permiten mejor su entendimiento:

- **La pena como castigo:** Tiene alusión necesariamente al dolor o afección, física o espiritual, es decir, un mal que consiste en la disminución o privación de bienes jurídicos que impone la autoridad y que debe sufrir el que ha cometido el delito, o sea, quien infringe la ley.
El castigo constituye un motivo importante para no infringir la ley; es un contraestímulo que tiene la finalidad de desalentar a quienes pudieran cometer una falta. Tiende a vigorizar las fuerzas inhibitorias del infractor potencial, pero trata también de enmendar a quien ya incurrió en la violación de la ley, fortaleciendo sus inhibiciones para impedir que reincida, en otras palabras, pretende expurgar, corregir los errores, vicios o defectos que dieron lugar a la violación de la norma.
- **La pena como retribución:** De acuerdo con el principio de justicia, la pena es, en sentido estricto, la imposición de un castigo, la inflicción de un mal a título de retribución por el mal cometido con la conducta violatoria de la norma.
El mal del castigo debe ser proporcional al mal del ilícito, debe ser una privación de bienes jurídicos del autor con motivo del hecho punible y en la medida de este. Retribuir significa pagar una cosa con su equivalente, buscando equilibrar dos fuerzas: la primera, turbada por la violación de la norma, y la lesión del bien jurídico tutelado por esta.
- **La pena como medio de prevención por disuasión:** El efecto disuasor de la pena aplica a los casos en que una amenaza de pena hace que los individuos que habrían cometido la conducta amenazada se abstienen de hacerlo. La disuasión es una cuestión compleja; la mayoría de los legisladores está de acuerdo en que la disuasión es posible, siempre que exista un control político.

1.3. Los fines de la pena

Los fines de la pena son un tema complejo y controvertido, que ha sido discutido por filósofos, juristas y políticos durante siglos. No existe un consenso acerca de cuál es el fin más importante de la pena o cómo lograr estos fines de manera efectiva.

Debemos señalar que, a lo largo de la historia, la pena siempre estuvo presente junto al ser humano, incluso se ha manifestado con anterioridad al Estado. La pena

indudablemente es un pesar sobre quien recae, por ello el legislador debe encontrar alguna justificación para su aplicación¹⁵.

El Código Penal chileno no establece expresamente los fines de la pena. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia han reconocido tres fines principales.

b) *Protección de la sociedad*

La protección de la sociedad es el objetivo primordial de la pena. Esta busca disuadir a los individuos de cometer delitos, salvaguardar a las víctimas y reparar el daño tanto físico como emocional. Además, la pena protege a la sociedad en su conjunto del peligro que representan los delincuentes.

Para proteger a la sociedad, el efecto de disuasión es el más importante, ya que ayuda a prevenir que las personas cometan delitos. La disuasión puede ser general, cuando se dirige a toda la población, o especial, cuando se dirige a delincuentes específicos.

c) *Prevención del delito*

El fin de la prevención del delito es otro fin importante de la pena. La pena puede prevenir el delito de diversas maneras, por ejemplo, disuadiendo a los individuos de cometer delitos, rehabilitando a los delincuentes para que no vuelvan a delinquir o corrigiendo las condiciones sociales que promueven el delito.

d) *Resocialización del delincuente*

El fin de la resocialización del delincuente es un fin cada vez más importante de la pena. La pena no debe ser solo un castigo, sino también un instrumento para rehabilitar a los delincuentes y reintegrarlos a la sociedad.

La resocialización es el proceso de ayudar a los delincuentes a cambiar su comportamiento y reintegrarse a la sociedad de manera productiva. Puede lograrse mediante programas de tratamiento y rehabilitación que se centren en las causas del delito y en el desarrollo de habilidades sociales y laborales.

La pena debe ser efectiva para proteger a la sociedad, prevenir el delito y resocializar a los delincuentes. Sin embargo, la pena también debe ser justa y humana¹⁶.

¹⁵ Fabrizio Farfán Ramírez, *Teorías de los fines de la pena: la problemática aplicación de la prevención especial en la política criminal peruana* (Lima, Perú: Revista *Ius et Veritas* N° 62, 2023), p. 232.

¹⁶ Jean Pierre y María Cecilia Ramírez, *Manual de Derecho Penal chileno. Parte general* (Santiago: Tirant lo Blanch, segunda edición), p. 351.

1.3.1. *Fin de la pena según Immanuel Kant*

El fin de la pena, según Immanuel Kant, es catalogado dentro de las teorías absolutistas, basadas en principios de una justicia retributiva. Kant sostiene que la pena es una respuesta moral al delito, fundamentada en la dignidad humana y en el respeto por la ley.

Las teorías absolutistas de la pena, o también llamadas teorías clásicas, se basan en premisas que implican “la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre”, sirve de base para buscar hacer justicia con la pena y establecer la justicia y la afirmación de la vigencia del derecho¹⁷.

En otras palabras, las teorías absolutistas se centran en la justicia como un principio moralmente independiente, defendiendo la idea de que el castigo (la pena) es un derecho que le corresponde a la sociedad por el simple hecho de que se ha cometido un delito.

La pena como fin en sí misma

La justicia retributiva establece que el castigo debe ser proporcional al delito cometido. La pena no debe ser vista como un medio para un fin, como la prevención del delito o la rehabilitación, sino como una respuesta justa a la violación de la ley.

La pena de ninguna manera debe estar subordinada a fomentar otro bien, ya sea para el delincuente o para la sociedad civil, debido a que la pena debe ser impuesta no para evitar que la persona vuelva a delinquir, sino “porque ha delinquido”¹⁸.

La pena como imperativo categórico

El imperativo categórico es un principio universal y necesario, que ordena una acción y va más allá de la relación entre medios y fines, pues se presenta como objetivamente necesario por sí mismo, sin relación alguna con ningún otro fin.

Dicho de otra forma, los “categóricos representan la necesidad de la acción por sí misma, no como medio para conseguir otro fin, representan a la acción como objetivamente necesaria”.

Para Kant, “la pena debe ser impuesta, aun cuando sea completamente innecesaria para el bien de la sociedad; tanto es así, que el delincuente debe ser castigado incluso cuando la sociedad y el Estado dejan de existir. La persona debe ser castigada

¹⁷ Bustos Ramírez, J. y H. Hormazábal Malarée, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 44.

¹⁸ Alejandro Nava Tovar, “El retribucionismo categórico en la teoría kantiana”, *Revista Penal México. Doctrina*, N° 22, 2023, p. 161.

por el mal uso de su libertad e incluso, si la sociedad omite castigar al delincuente el crimen recae sobre ella”¹⁹.

Ley del Tali3n

Este argumento es el n3cleo principal del retribucionismo kantiano, como proporcionalidad de las penas, es decir, que el castigo debe ser equivalente al delito cometido. Al respecto, Kant expresa:

*Pero 3cu3l es el tipo y el grado de castigo que la justicia p3blica adopta como principio y como patr3n? Ninguno m3s que el principio de igualdad (en la posici3n del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse m3s hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier da3o inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo. Si le injurias, te injurias a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Solo la ley del tali3n (ius talionis) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno de un tribunal (no en un juicio privado); todos los dem3s fluct3an de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen otras consideraciones*²⁰.

Con ello podemos deducir que para Kant, la justificaci3n del castigo se funda en que este no es sino la evidente retribuci3n con que el Estado reacciona frente a la violaci3n del Derecho y, por tanto, la pena no tiene otro fundamento que castigar al delincuente, justific3ndose por s3 sola su imposici3n.

1.3.2. Fin de la pena seg3n Friedrich Hegel

Para Friedrich Hegel, los fines de la pena son una parte fundamental de su filosof3a del Derecho, donde aborda la naturaleza y el prop3sito de la pena en el contexto de la justicia y la moralidad.

La teor3a hegeliana de la pena es caracterizada por medio de una relaci3n rec3proca, de índole funcional, entre delito y pena. Para Hegel, ser imputable es ser una persona racional. La personalidad va unida al ejercicio actual de la racionalidad. Quien reclama para s3 un 3mbito de libertad, asume con ello la responsabilidad por las consecuencias que traiga consigo ese 3mbito que se administra de manera propia,

¹⁹ Fabrizio Farf3n Ram3rez, “Teor3as de los fines de la pena: la problem3tica aplicaci3n de la prevenci3n especial en la pol3tica criminal peruana”, *Revista Ius et Veritas*, N° 62, 2023, p. 234.

²⁰ Kant, Immanuel, *La metaf3sica de las costumbres* (C3rdoba), p. 167.

porque la libertad sin responsabilidad no es realmente libertad personal, sino mero arbitrio subjetivo²¹.

Hegel se basa en las teorías absolutistas, al igual que Immanuel Kant; sin embargo, su visión es diferida y estructurada en un sistema jurídico. Hegel fundamenta su pensamiento acerca del principio dialéctico, en el que plasmó la voluntad general del ordenamiento jurídico. Por ello, si cualquier sujeto, al hacer uso de su voluntad individual, niega el ordenamiento jurídico, es decir, comete así un delito, vulnera a su vez la voluntad general²². Este enfoque implica que la justicia no se limita a la satisfacción del agraviado, sino que busca restablecer el orden social y respeto al ordenamiento jurídico.

Hegel considera al delito, según su concepto mismo, como una acción racional ejercida por un sujeto de derecho responsable de sus acciones, y el modo para superar esta acción se da por medio de la pena.

1.3.3. *Fin de la pena según Santo Tomás de Aquino*

Para Santo Tomás de Aquino, tanto la transgresión como la omisión son aspectos adversos a la virtud: la transgresión es la realización de una acción opuesta a la ley (a la virtud), y la omisión es el no cumplimiento de la ley. Ambas son violencias contra el orden natural (divino), y muchas veces contra el orden humano (positivo).

Todo delito, para Santo Tomás, es en sí un acto de conciencia, por ello un acto culpable, el que viola tanto el orden normativo de la ley como también la norma ética y religiosa.

En consecuencia, este proceder delictivo es un proceder ajeno deliberadamente a la búsqueda de la virtud, quien lo ejecuta no es por casualidad ni por error, es por premeditada, consabida y voluntaria decisión y acción. Por tal razón, dicho actuar merece un castigo, pero un castigo en sentido estricto, el cual es la pena.

La pena podrá, dice Santo Tomás, ser impuesta por Dios o por los hombres. Por otra parte, la ejecución de la pena y su daño, si bien causa un mal, en cuanto priva al infractor, es en sí un bien, es bueno en cuanto a su fin último, que es la corrección de la conducta, la restitución del orden.

²¹ Nicolás Santiago Cordini, "El sistema de imputación penal en la filosofía de Hegel: La relación entre delito, imputación y pena", octubre de 2014, disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39950-sistema-imputacion-penal-filosofia-hegel-relacion-entre-delito-imputacion-y-pena>. Fecha de consulta: 3 de octubre de 2024.

²² Fabrizio Farfán Ramírez, "Teorías de los fines de la pena: la problemática aplicación de la prevención especial en la política criminal peruana", *Revista Ius et Veritas*, N° 62, 2023 p. 235.

1.4. Actuales reformas

Después de un prolongado tiempo de inamovilidad en torno a las penas sustitutivas y junto con las reformas al derecho procesal penal. La Ley N° 18.216 ha sido objeto de importantes modificaciones con la promulgación de la Ley N° 20.603, como ya mencionamos al inicio de nuestro trabajo. Esta reforma busca destacar y expandir el carácter resocializador de la regulación de las medidas sustitutivas, dejando de lado la idea de entender estas instituciones jurídicas como simples “beneficios”, resaltando su carácter de penas. Es así como dicha reforma legal cambia el enunciado de la Ley N° 18.216 de la expresión penas “alternativas” a “sustitutivas”.

De las principales modificaciones introducidas se destacan las siguientes:

- e) Se mantiene la remisión condicional, la reclusión nocturna y la libertad vigilada, y se agregan la expulsión para el caso de extranjeros y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
- f) Se altera el régimen de ejecución de las penas privativas de libertad mayores de cinco años y un día: se crea la modalidad de la libertad vigilada intensiva (pena mixta), que permite adelantar la salida del reo al medio libre en plazos menores que los establecidos para la libertad condicional.
- g) Se introducen nuevas tecnologías para el control de la reclusión nocturna y la libertad vigilada (monitoreo telemático). Se establece la procedencia general del abono del tiempo cumplido de condena en modalidad sustitutiva, en caso de revocación.
- h) Se modifican aspectos en relación con la sujeción a vigilancia y el control del cumplimiento de las penas sustitutivas: se aumenta la dotación de delegados de libertad vigilada y se crea un nuevo delegado para la prestación de servicios.

Actualmente la Ley N° 18.216 señala en el artículo 1° que la ejecución de las penas privativas podrá sustituirse por el tribunal por alguna de las siguientes penas:

- a) Remisión condicional.
- b) Reclusión parcial.
- c) Libertad vigilada.
- d) Libertad vigilada intensiva.
- e) Expulsión.
- f) Prestación de servicios a la comunidad.

¿En qué casos una pena sustitutiva de libertad puede ser usada para sustituir una pena privativa de libertad?

Debemos señalar que el reemplazo a una pena sustitutiva debe ser por medio de una resolución que puede ser dictada de oficio o a petición de parte, y se requiere que Gendarmería presente un informe favorable al reemplazo.

Señalaremos algunos argumentos jurisprudenciales y legales generales, para dar respuesta a esta pregunta. Sin embargo, es importante revelar que para cada pena sustitutiva de libertad los requisitos son distintos.

Para optar a una pena privativa de libertad: La pena primitiva no debe ser de más de tres años y en algunos casos, como la libertad vigilada intensiva, debe ser de menos de 5 años; que la persona beneficiada no haya sido condenada antes de cometer un crimen o simple delito, a menos que haya cumplido su condena 10 a 5 años antes de haber cometido el nuevo delito; que la conducta anterior y posterior al delito, como también la forma en la que fue cometido, permitan presumir que no volverá a cometer un delito.

¿En qué casos no se pueden aplicar estas penas sustitutivas?

En el secuestro extorsivo, el secuestro por más de quince días y el secuestro con homicidio, con violación o que en el marco del secuestro causare mutilación, castración o lesiones que dejen a la víctima demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme. Tampoco se podrá sustituir la pena privativa de libertad para los condenados por sustracción de menores, violación, violación con homicidio, parricidio y homicidio calificado²³.

1.5. Derecho comparado

Las penas sustitutivas de libertad emergen como una respuesta contemporánea a los desafíos del sistema penal, buscando equilibrar la necesidad de sancionar conductas delictivas con el respeto a los derechos humanos y la reintegración social del infractor. En el derecho comparado, estas penas han sido adoptadas en diversas jurisdicciones, con el objetivo de ofrecer alternativas a la privación de libertad, promoviendo un enfoque más rehabilitador que punitivo.

En muchos países, las penas sustitutivas incluyen medidas como la libertad condicional, el trabajo comunitario, la suspensión de la ejecución de la pena y otras formas de supervisión. Estas alternativas no solo buscan descongestionar los sistemas

²³ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Penas sustitutivas a la cárcel”, disponible en: <https://www.bcn.cl/portal/leyfacil/recurso/penas-sustitutivas-a-la-carcel>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2024.

penitenciarios, sino también reducir la reincidencia al proporcionar al infractor oportunidades para reintegrarse en la sociedad de manera efectiva.

Este análisis comparativo permite observar cómo diferentes culturas jurídicas abordan la cuestión de la criminalidad y el castigo, revelando matices en la aplicación y aceptación de estas penas. Al estudiar las penas sustitutivas de libertad en distintas legislaciones, se pueden identificar tendencias, beneficios y desafíos, así como las implicaciones éticas y sociales que conllevan. En este contexto, resulta fundamental explorar cómo estas medidas han evolucionado y qué impacto tienen en la justicia penal moderna.

Las diferencias en la aplicación de penas sustitutivas entre los sistemas penales de distintos países pueden ser significativas y están influenciadas por factores como la cultura jurídica, las políticas de justicia penal, las condiciones sociales y económicas. Algunas de las principales diferencias:

1. Tipos de penas sustitutivas:

En algunos países, como Suecia y Noruega, se utilizan ampliamente penas como el trabajo comunitario y la libertad condicional, enfocándose en la rehabilitación del delincuente. En contraste, en otros países, como Estados Unidos, el uso de penas sustitutivas puede estar más limitado y ser a menudo acompañado de condiciones estrictas.

2. Criterios de aplicación:

En Alemania, las penas sustitutivas se aplican en función de la gravedad del delito y el perfil del infractor, permitiendo un enfoque más personalizado.

En otros lugares, como en algunos estados de Brasil, la aplicación puede depender de criterios más rígidos y menos flexibles, lo que puede restringir su uso.

3. Supervisión y control:

En países como el Reino Unido se implementan sistemas de supervisión y apoyo intensivo para los infractores que cumplen penas sustitutivas con un enfoque en su integración social. En cambio, en otros países, la supervisión puede ser menos rigurosa, lo que podría llevar a una menor efectividad en la reintegración.

4. Percepción social y política:

Normalmente, en naciones con un enfoque más progresista hacia la justicia penal, como los países nórdicos, las penas sustitutivas son generalmente bien aceptadas y vistas como una forma efectiva de reducir la criminalidad.

En otros contextos, como en algunos países de América Latina, puede existir una mayor resistencia a la implementación de penas sustitutivas, debido a percepciones de impunidad o falta de confianza en el sistema.

5. Descongestión del sistema penitenciario:

En Portugal, las penas sustitutivas se utilizan activamente como una medida para descongestionar las cárceles, lo que ha llevado a una disminución en la población carcelaria. En otros lugares, la falta de alternativas efectivas puede resultar en una sobrepoblación carcelaria, sin una implementación adecuada de penas sustitutivas.

En resumen, las diferencias en la aplicación de penas sustitutivas entre países reflejan una variedad de enfoques hacia la justicia penal, la rehabilitación y la reintegración social, y están influenciadas por contextos culturales, sociales y políticos.

1.5.1. *Penas sustitutivas de libertad en España*

La historia y aplicación de las penas sustitutivas de libertad en España han evolucionado en el transcurso del tiempo, reflejando cambios en la filosofía penal y las políticas de justicia. A continuación se presenta un resumen de su desarrollo y aplicación:

En cuanto a su historia, podemos señalar que el Código Penal de 1870 fue el primer código penal moderno en España y estableció las bases para la regulación de las penas. Aunque en esa época las penas de prisión eran predominantes, ya se comenzaba a considerar la posibilidad de penas alternativas, aunque de manera limitada.

Posterior a esto, el Código Penal de 1932 introdujo algunas medidas alternativas a la prisión, como el trabajo forzado, pero seguía siendo un enfoque punitivo en gran medida. El Código Penal de 1973 amplió las alternativas a la prisión, aunque la privación de libertad seguía siendo la norma en muchos casos, también regulaba una remisión condicional ordinaria, contenida en los artículos 92 y 93 del Código Penal Español²⁴.

La reforma de 1995 introdujo un cambio significativo con la reforma del Código Penal, que comenzó a adoptar un enfoque más rehabilitador. Se introdujeron medidas como la suspensión de la ejecución de penas y el trabajo en beneficio de la comunidad como penas sustitutivas, en esa misma línea la última reforma importante del Código Penal Español en el 2005 actualizó y consolidó las penas sustitutivas, enfatizando la necesidad de reintegración social y el uso de medidas no privativas de libertad.

En cuanto a la aplicación de las medidas sustitutivas de libertad, podemos destacar: La suspensión de la ejecución de la pena; el trabajo en beneficio de la comunidad; la libertad condicional, y por último podemos mencionar las multas y sanciones económicas.

²⁴ Lorenzo Morillas Cueva, Jesús Barquín Sanz, *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España* (Universidad de Granada, 2013), p. 138.

A pesar de los avances que ha experimentado el sistema de penas español, este ha enfrentado críticas por su implementación inconsistente y la falta de recursos para supervisar y apoyar adecuadamente a los infractores que cumplen penas sustitutivas.

Además, la percepción pública respecto de la impunidad a veces puede dificultar la aceptación de estas alternativas. Aun cuando España intenta responder a los desafíos del sistema penal moderno, promoviendo un modelo que enfatiza la rehabilitación y la reintegración sobre la mera retribución.

1.5.2. *Penas sustitutivas de libertad en Argentina*

La evolución de las penas sustitutivas de libertad en Argentina refleja un cambio significativo en la filosofía del derecho penal, buscando alternativas al encarcelamiento y promoviendo la reinserción social del condenado, reflejando claramente un enfoque más humanitario.

El Código Penal de 1921 no contemplaba penas sustitutivas en el sentido que hoy conocemos. Las únicas penas previstas eran las privativas de libertad y las multas, lo que limitaba las opiniones para el juez y, por esta razón, las posibilidades de reinserción social.

La introducción de la figura de la *probation*²⁵ en 1984 representó un cambio paradigmático en el sistema penal argentino. Esta reforma permitía que ciertos delitos menores fueran objeto de suspensión del juicio a prueba, siempre que el imputado cumpliera con ciertas condiciones. La *probation* se ha establecido como un mecanismo para descomprimir el sistema penitenciario y ofrecer alternativas a la privación de libertad. Si nos damos cuenta, el objetivo de las penas sustitutivas de libertad en todas las legislaciones es la misma, esto es, descongestionar el sistema penitenciario.

Con esta reforma se observó un aumento en la utilización de medidas no privativas de libertad, reflejando un cambio hacia una justicia más restaurativa, o sea, una justicia donde la reinserción era lo importante.

*La necesidad imperiosa de incorporar a la legislación penal medidas alternativas al encierro para los delitos leves; dentro de estas alternativas, la probation se nos presenta como aquella forma de sustituir la prisión, permitiendo la “resocialización” del imputado o condenado en libertad*²⁶.

La Ley N° 24.660 introdujo un marco legal para la ejecución penal, estableciendo un mecanismo de libertad asistida. Esta ley, que fue promulgada en 1996,

²⁵ Este término doctrinario alude a la suspensión del juicio a prueba.

²⁶ Hillman, María A.; Gudiño Pinto, María Beatriz, *Una puerta abierta a la mediación penal*. La Ley Córdoba. Córdoba, Argentina, 2000, pp. 111-114.

permitió que condenados cumplieran sus penas en libertad, bajo supervisión, favoreciendo su reintegración social.

ARTÍCULO 1º.- La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad²⁷.

Otro hito importante fue la reforma de 2014, la que amplió las posibilidades de aplicación de penas sustitutivas, facilitando la suspensión de la ejecución de penas para ciertos delitos. Se enfatizó la importancia de la reinserción social como objetivo del sistema penal argentino, una clara tendencia hacia la humanización del derecho penal.

El impacto de las penas sustitutivas se ha evidenciado en varios niveles, desde la **Descongestión del sistema penitenciario**, donde las medidas no privativas han contribuido a reducir la población carcelaria, aliviando la presión sobre las instituciones penitenciarias, y también en la **Reinserción social**, ya que las penas sustitutivas han permitido que un mayor número de condenados se reintegre a la sociedad, disminuyendo la probabilidad de reincidencia.

La evolución de las penas sustitutivas de libertad en el sistema penal argentino refleja un cambio significativo hacia enfoques más centrados en la rehabilitación y la reinserción social. Desde la ausencia de estas medidas en el Código Penal de 1921 hasta las reformas actuales, se ha promovido una justicia que busca no solo castigar, sino también restaurar y reintegrar. El impacto positivo de estas reformas es evidente en la descongestión del sistema penitenciario y en la mejora de los índices de reinserción social.

CAPÍTULO III. REINCIDENCIA

3.1. Qué es la reincidencia

La reincidencia se refiere a la situación en la que una persona que ha sido condenada previamente por un delito vuelve a cometer otro delito, después de haber cumplido su pena o de haber sido liberada condicionalmente. Este fenómeno complejo y preocupante implica un desafío en términos de prevención y rehabilitación de los infractores.

²⁷ Ley N° 24.660, “Ejecución de la pena privativa de la libertad”.

En términos generales, la palabra reincidencia se utiliza para referirse a las repeticiones de la conducta. Reincidir proviene del verbo latino *incidere*, lo que en español podría comprenderse como *volver a caer*.

En el caso de la doctrina nacional, Enrique Cury entiende que hay reincidencia “cuando el sujeto que ha sido condenado por uno o más delitos incurre, después de ello, en otra u otras conductas punibles”. Agrega que la interposición de una sentencia condenatoria entremedio de acciones delictivas constituye la diferencia esencial entre reincidencia y reiteración²⁸.

A la reincidencia se le ha catalogado como un comportamiento indeseable, negativo y poco beneficioso para la sociedad, aun cuando todavía poco se sabe desde el punto de vista del conocimiento científico qué es exactamente lo que la produce, es decir, cuáles son sus reales causas, dimensiones e incidencias.

A fines del siglo XVIII se inicia en toda Europa el movimiento codificador, en el que prenden con inusitada fuerza las ideas reformistas y positivistas de la Ilustración, ampliando la mirada sobre el delincuente. El movimiento codificador dota a la reincidencia por primera vez en la historia de unos perfiles bien definidos, capaces de garantizar la necesaria seguridad jurídica y la posibilidad del tratamiento y la rehabilitación del delincuente, para ello erige como presupuesto básico en su aplicación la exigencia de condena anterior a la recaída, deslindando así de manera definitiva la reincidencia de la mera repetición delictiva.

La reincidencia adquiere entonces un significado distinto al de la mera retribución o castigo corporal, ya que la reiteración del comportamiento delictual se sanciona ahora mediante un proceso legal y como consecuencia de la imposición de una condena.

Un punto central respecto de esta nueva definición es que *solo se puede considerar la reincidencia en el momento en que el Estado tiene plena certeza de que la acción desviada y penalizada por el derecho se ha realizado dos veces*²⁹. Por tanto, para que ocurra la reincidencia deben concurrir varios requisitos, esto es: a) cuando se prueba el daño de un bien jurídico, y b) cuando se prueba el dolo del victimario por medio de un procedimiento judicial. “Este conjunto de elementos solo se cumpliría en el instante en que el victimario es penalizado, o sea, cuando se aplica ciertos castigos basados en la suspensión de algunos derechos inalienables a las personas naturales”³⁰.

Así, una persona se convierte en reincidente solamente cuando habiendo sido penalizada por un delito, ella vuelve a cometer otra conducta desviada tipificada como delito. Por tanto, para configurar la reincidencia tiene que haber a los menos

²⁸ Enrique Cury Urzúa, *Derecho Penal: Parte General* (Santiago, 9º Edición, Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, año 2008), número de página 504.

²⁹ Andrés Aedo, “Reincidencia: Crítica metodológica y propuesta de medición e interpretación para el sistema penal chileno” (Santiago: *Revista de Derecho y Humanidades* Nº 16, vol. 1, 2010) p. 5.

³⁰ Andrés Aedo, “Reincidencia: Crítica metodológica y propuesta de medición e interpretación para el sistema penal chileno” (Santiago: *Revista de Derecho y Humanidades* Nº 16, vol. 1, 2010) p. 6.

“dos acciones ilícitas comprobadas, separadas por un tiempo delimitado y habiendo recibido los estímulos por parte del Estado, para no volver a cometer ilícitos”³¹.

Lo anterior implica distinguir la reincidencia de la reiteración, en que en esta última el sujeto ha cometido dos o más delitos sin que en ninguno de ellos haya recaído sentencia condenatoria, tratándose, en consecuencia, de la comisión de varios delitos.

Finalmente, es oportuno señalar que, desde una perspectiva del derecho penal general, la reincidencia ha sido considerada como uno de los elementos intervinientes en el proceso de determinación de la pena, como causal agravante de la responsabilidad penal en los numerales 14, 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal chileno.

3.2. Clasificación de reincidencia

Se ha distinguido una clasificación entre la reincidencia “propia o verdadera” y la “impropia o ficta”. La distinción se refiere al estado en que se encuentra la condena; si esta ya se ha cumplido, sería reincidencia propia, pero si la ejecución de la condena no ha concluido, la reincidencia sería impropia. Esta clasificación tiene relevancia para determinar la efectividad de la ejecución de la pena; en este sentido, se podría creer que una vez ejecutada la condena, si esta contara con una intervención efectiva, el riesgo de reincidencia de un individuo sería menor que si la ejecución de su condena no hubiese llegado a su término.

Por otra parte y atendiendo la versatilidad delictiva, se ha distinguido entre reincidencia genérica y reincidencia específica; por reincidencia genérica se entiende aquella que consiste en la comisión de un delito de especie distinta al cometido anteriormente, el que ya fue objeto de juzgamiento. La reincidencia específica, por su parte, corresponde a aquella en que el nuevo delito cometido es clasificable dentro de la misma especie delictual inicialmente sancionada.

Sin embargo, el análisis de la ejecución de la pena es más complejo, debido, por ejemplo, a la gran diferencia existente entre la ejecución de una pena privativa de libertad y la ejecución de las penas sustitutivas a la privación o restricción de esta.

En síntesis, el hecho de que todas las personas tengan distintas características y, por esta razón, necesidades, hace compleja la aplicación de una pena privativa de libertad. Así lo hemos conocido en los últimos años, es decir, la dificultad de lograr que una intervención lleve a reducir considerablemente el riesgo de reincidencia de una persona.

Es por esto que el análisis de esta clasificación es más conveniente centrarlo en el caso de las personas condenadas a cumplir una pena en el medio libre, es decir, aquellas personas a las que se les ha impuesto una medida alternativa o una pena sustitutiva. Debido a que mientras cumplen sus condenas en libertad existen

³¹ Andrés Aedo, “Reincidencia: Crítica metodológica y propuesta de medición e interpretación para el sistema penal chileno” (Santiago: *Revista de Derecho y Humanidades* N° 16, vol. 1, 2010), p. 8.

prácticamente las mismas posibilidades de cometer nuevos delitos que una vez cumplida la pena, por lo que se hace interesante analizar el riesgo de reincidencia inicial con el final, ya que el desafío de quienes han intentado reducir al mínimo el uso de la cárcel, dice relación con otorgarle sentido y validez a la ejecución misma de la pena en libertad, para que mediante el debido control e intervención realizada, esta logre generar un efecto en las personas, que se traduzca en la reducción del riesgo de reincidencia, en la inhibición de la conducta delictiva.

3.3. Reincidencia en Chile

En nuestro país, la reincidencia ha sido un tema relevante en el ámbito de la justicia penal y social. El Código Penal la considera como un agravante aplicable tanto a delitos graves como a simples infracciones. Sin embargo, ha existido un debate acerca de su aplicabilidad a las faltas, cuestión que aún no se ha resuelto de manera definitiva. A pesar de ello, la legislación penal reconoce de manera expresa la posibilidad de aplicar la reincidencia en el caso de faltas, particularmente en lo que respecta al hurto falta, regulado en el artículo 494 bis del Código Penal.

Nuestro Código Penal establece un plazo para la prescripción de la reincidencia. Según su artículo 104, la reincidencia de los numerales 15 y 16 no se tomará en cuenta tratándose de crímenes después de 10 años, ni después de 5 años tratándose de simples delitos, ambos plazos contados desde la fecha en que tuvo lugar el hecho.

Nuestra legislación para combatir el fenómeno de la reincidencia ha implementado diversas estrategias para abordar este problema, detallados a continuación.

1. Programas de reinserción social:

Chile ha implementado diversos programas y políticas destinados a abordar la reincidencia. Estos programas buscan no solo castigar a los infractores, sino también proporcionar oportunidades para su rehabilitación y reinserción en la sociedad. Programas de capacitación laboral, educación y tratamiento para problemas subyacentes, como el abuso de sustancias, son parte de las estrategias para reducir la reincidencia.

2. Justicia restaurativa:

En el marco de la justicia restaurativa, se han promovido enfoques que buscan reparar el daño causado a las víctimas y a la comunidad, al tiempo que brindan la posibilidad de reintegración al infractor. Estos enfoques buscan no solo castigar, sino también reconciliar y reconstruir la relación entre el infractor y la sociedad.

3. Monitoreo y seguimiento pospenitenciario:

La implementación de sistemas de monitoreo telemático y seguimiento de personas liberadas de prisión es esencial para gestionar el riesgo de reincidencia. Estos

programas incluyen medidas como libertad condicional, vigilancia electrónica y programas de apoyo pospenitenciario.

4. Reformas legislativas:

Chile ha considerado reformas legislativas con el objetivo de mejorar la efectividad del sistema penal y reducir la reincidencia. Estas reformas pueden abarcar desde cambios en las penas hasta ajustes en los procesos de liberación condicional y la aplicación de medidas alternativas a la prisión.

Estudios pertinentes a la reincidencia han llegado a ser considerados como el indicador de desempeño o efectividad más ampliamente utilizado por los sistemas de justicia para evaluar sus planes de intervención, los que persiguen el objetivo de disminuir la criminalidad.

La medición de la reincidencia se ha empleado como un indicador predictivo de la conducta delictiva, estimando estadísticamente la probabilidad o el riesgo de que los sujetos de un colectivo de medición vuelvan a cometer delitos en el futuro³².

Estos estudios pueden aportar datos relevantes acerca de cuáles son las formas más adecuadas para preparar a los infractores a una vida sin delitos, en el contexto del sistema de ejecución penal.

Es importante destacar que la reincidencia no es el único de los factores a considerar para evaluar la gestión del sistema penitenciario. El éxito del sistema (en el sentido de la disminución de la reincidencia y aumento de la reinserción) es el resultado de la interacción de una diversidad de circunstancias, tales como la calidad del trabajo que se desarrolle al interior de la institución penitenciaria, la motivación del individuo a cambiar sus patrones de conducta y las posibilidades que ofrece el contexto social para su reinserción.

El cálculo de la reincidencia se generará a partir de las nuevas condenas que se impongan a los sujetos que formen parte de la medición del sistema penitenciario; esto, considerando que la comisión de un hecho delictivo llega a ser probado y validado solo en la medida en que exista una resolución condenatoria, utilizando el registro formal de información de Gendarmería de Chile, esto es, la base de datos del sistema informático de internos y el sistema del medio libre.

3.4. Sistema abierto

El subsistema penitenciario abierto es el encargado de controlar, asistir e intervenir a quienes se encuentran condenados en algunas de las medidas alternativas a la reclusión, establecidas en la Ley N° 18.216.

³² Manuel Capdevilla, M. Ferrer, "Tasas de reincidencia penitenciaria 2008".

Este subsistema abierto lo constituyen 33 centros de reinserción social existentes en el país (CRS) que controlan a la población con las medidas alternativas. Sin embargo, debido a la insuficiente cobertura geográfica, una parte de la población condenada a reclusión nocturna y remisión condicional de la pena debe controlarse en establecimientos del subsistema cerrado.

La reclusión nocturna se hace efectiva en 89 establecimientos dependientes de Gendarmería de Chile. De ellos, 13 corresponden a centros anexos del subsistema abierto, que reciben casi exclusivamente población condenada a esta medida, personas con arresto nocturno y salida controlada al medio libre. Los 76 establecimientos restantes pertenecen al subsistema cerrado (43 centros de detención preventiva, 23 centros de cumplimiento penitenciario, 4 complejos penitenciarios y 6 centros penitenciarios femeninos). Lo anterior significa que el 54% del total de penados a reclusión nocturna deben pernoctar en recintos anexos del subsistema abierto, mientras que el 46% restante lo hace en establecimientos del subsistema cerrado³³.

Por su parte, la remisión condicional de la pena se atiende en 81 establecimientos penales (33 CRS, 36 CDP, 11 CCP y 1 Patronato Local de Reos). Finalmente, la libertad vigilada se controla exclusivamente en la totalidad de los centros de reinserción social del país.

Para los efectos del presente estudio, la población objetivo del subsistema abierto la constituyen los condenados egresados de las tres MAR por cumplimiento de condena el año 2010, correspondiente a 36.432 personas³⁴.

3.5. Sistema cerrado

Si bien no existe una definición institucional de lo que se entiende por “subsistema cerrado”, existe la posibilidad de generar un acercamiento mediante la normativa vigente. Es así que el reglamento de establecimientos penitenciarios de 1998 enuncia el denominado “régimen penitenciario” destacando que está constituido por establecimientos penitenciarios de régimen cerrado para el cumplimiento de penas privativas de libertad y prisión preventiva, donde los principios de seguridad, orden y disciplina serán los propios de un internado. Estos principios se deben armonizar con las exigencias que no impidan la tarea de tratamiento de los condenados.

³³ Gendarmería de Chile, “La reincidencia. Un desafío para la gestión del sistema penitenciario chileno y las políticas públicas”, diciembre 2013, disponible en: https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/REINCIDENCIA_2010.pdf. Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2023.

³⁴ Gendarmería de Chile, “La reincidencia. Un desafío para la gestión del sistema penitenciario chileno y las políticas públicas”, diciembre 2013, disponible en: https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/REINCIDENCIA_2010.pdf. Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2023.

Se desprende de lo anterior que las unidades penales de este sistema constituyen un lugar de residencia, tratamiento y trabajo, donde un gran número de individuos cohabitan aislados del resto de la sociedad, donde comparten rutinas estructuradas diariamente, administradas mediante reglamentos e instrucciones.

Los centros penitenciarios del subsistema cerrado se denominan Centro de Cumplimiento Penitenciario CCP; Centro de Detención Preventiva (CDP); Centro Penitenciario Femenino (CPF); Complejos Penitenciarios (CP).

El subsistema cerrado lo constituyen la totalidad de los 47 CDP; 32 CCP; 8 CP y 5 CPF, ellos alcanzan a 92 unidades penales. La población objetivo de este subsistema para este estudio la constituyen los internos condenados egresados por cumplimiento de condena el 2010, correspondiente a 20.695 personas.

3.6. Sistema semiabierto

Este subsistema está conformado por los Centros de Educación y Trabajo (CET), que son establecimientos penales que se ubican de manera independiente o como parte de una unidad penal cerrada, cuyo objetivo principal es contribuir a la reinserción social de las personas condenadas mediante la formación de hábitos sociales, laborales y del aprendizaje de habilidades y competencias, proporcionándoles capacitación técnica, trabajo regular remunerado, educación, formación e intervención psicosocial.

Para su autofinanciamiento, los CET pueden constituirse como empresas productivas y comerciales, sin fines de lucro, y se encuentran regulados por la normativa tributaria-comercial vigente en el país, operando como cualquier empresa privada para la suscripción de negocios y comercialización³⁵.

Los CET se distancian de los cánones tradicionales de los establecimientos penitenciarios del sistema cerrado. Son establecimientos autónomos e independientes que poseen características singulares de emplazamiento, habitabilidad y equipamiento, y que para cualquier visitante no le es reconocible como una cárcel, particularmente por su régimen de reclusión sin rejas, basado en la autodisciplina y las relaciones de confianza, con aminoradas medidas de seguridad.

Las diferencias de estos centros se acentúan aún más si nos concentramos en sus propósitos; por una parte, son empresas sociales que requieren contar con una organización y una propuesta de desarrollo de negocios que hagan factible su subsistencia económica y financiera.

Por otra parte, son centros formativos y de intervención cuyo propósito intermedio o final es procurar que los internos puedan desarrollar progresivamente un

³⁵ Gendarmería de Chile, "La reincidencia. Un desafío para la gestión del sistema penitenciario chileno y las políticas públicas, diciembre 2013, disponible en: https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/REINCIDENCIA_2010.pdf. Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2023.

acercamiento positivo al medio libre, con mejores probabilidades de inserción social y laboral al retorno a la sociedad.

La mayoría de los privados de libertad posee una escasa capacitación laboral formal. Por ello se debe aprovechar el tiempo de reclusión para preparar el momento de su reintegración a la sociedad, con herramientas que hagan de ellos personas positivas para esta disciplina de los propios penados.

Las personas privadas de libertad que son seleccionadas para formar parte de los C.E.T. son condenados provenientes del sistema cerrado, los que deben tener cumplido dos tercios del tiempo mínimo para optar a beneficios intrapenitenciarios, mostrar disposición al trabajo, motivación al cambio, muy buena o buena conducta, evidenciando previamente una evolución positiva en su proceso de reinserción social.

3.7. Factores para el análisis

Este análisis inferencial se utilizará para identificar las tendencias y factores que inciden en la reincidencia. Definiremos brevemente las variables que serán estudiadas en esta monografía, para efectos de caracterizar a los sujetos reincidentes en los distintos subsistemas penitenciarios. Sin perjuicio de que pudieran existir otras variables de interés para comprender en mayor profundidad el fenómeno de la reincidencia en la población controlada por Gendarmería de Chile, se optó por considerar este grupo específico de variables debido a la disponibilidad de los datos a los que se accedió.

Variables:

- a) **Sexo:** Se entenderá este punto como condición masculina o femenina de las personas que se analizarán. El sexo es una variable significativa al momento de determinar el lugar de reclusión de los condenados, ello independiente del delito o la gravedad de este. Así, se separan los individuos al interior de los recintos penales generándose establecimientos de uso exclusivo para hombres y otros para mujeres. La única excepción son los complejos penitenciarios, donde es posible encontrar en sectores separados a hombres de mujeres.
- b) **Edad:** Se entenderá por edad el número de años cumplidos por el sujeto a la fecha del egreso. El comportamiento desviado presente en algunos adolescentes puede llegar a generar conductas disruptivas, de ahí que el abordaje de esta problemática en esta etapa de la vida se convierta en espacio obligado de investigación. Profundizar acerca de los problemas inherentes a las relaciones interpersonales y los modos de enfrentarlos, pudiese ayudar a mejorar los niveles de reinserción de los sujetos. El sistema penitenciario chileno se caracteriza por albergar en su interior a personas jóvenes, situación que se constata al observar el comportamiento etario tradicional informado por nuestra institución mediante los compendios anuales, ellos dan cuenta de una evidente primacía de los

- segmentos de 18 a 29 años edad por sobre los tramos superiores. A partir de esto surge como lógico preguntarse la relación de la edad y la reincidencia delictiva.
- c) **Tiempo de duración de condena:** Condena es la sentencia dictada por un tribunal con competencia penal, que sanciona a una o más personas por la participación en un hecho delictivo al cumplimiento de una o más penas privativas o restrictivas de libertad. El tiempo de condena es la cantidad de años, meses o días que un tribunal competente aplica a un individuo por cometer un delito por medio de una sentencia.
- d) **Delito:** El concepto de delito aplicable en este estudio comprenderá a los crímenes, simples delitos, cuasidelitos y faltas tipificados en el Código Penal y leyes especiales. Diversos estudios sostienen que los delitos más comunes en Chile son los efectuados contra la propiedad, pero son los que están acompañados por el uso o amenaza de uso de la fuerza los que más generan impacto, y que en mayor medida afectan a sectores medios y populares, así es en los robos y hurtos, donde se observan altos porcentajes de sujetos reincidentes.
- e) **Región:** Se entenderá por esta variable aquella organización territorial que designa una división política del territorio del Estado y que, según los criterios establecidos en este estudio, es donde se distribuyen los distintos establecimientos penitenciarios de los sistemas abierto, semiabierto y cerrado del país.

3.8. Estadísticas nacionales de reincidencia

La información proporcionada es la Distribución población atendida vigente al 31 de diciembre de 2021, según tipo de atención penitenciaria.

Subsistema y modalidad de control	Hombre	Mujer	Total
Subsistema cerrado	42.038	3.375	45.413
Régimen cerrado (recluidos 24 horas)	35.928	2.824	38.752
Régimen semiabierto (ICET)	452	95	547
Régimen abierto (condicional y apremios)	5.658	456	6.114
Subsistema abierto	46.684	7.074	53.758
Libertad vigilada	14.961	2.712	17.673
Reclusión parcial	5.274	494	5.768
PSBC	3.211	564	3.775
Remisión condicional	23.082	3.262	26.344
Expulsión Art. 34°	79	21	100
Indulto Ley N° 21.228	77	21	98
Subsistema pospenitenciario	16.324	2.047	18.371
Total población atendida	105.046	12.496	117.542

Distribución según tipo de delito			
Tipo de delito	Hombres	Mujeres	Total
Robos	16.784	780	17.564
Drogas	7.747	1.586	9.333
Homicidios	4.200	237	4.437
Control de armas	4.107	206	4.313
Delitos sexuales	3.103	32	3.135
Lesiones	1.473	40	1.513
Hurtos	1.336	136	1.472
Ley de Tránsito	943	10	953
Delitos económicos	202	18	220
Otros	5.746	238	5.984
Total	45.641	3.283	48.924
Distribución según tramo de edad			
Tramo de edad	Hombres	Mujeres	Total
18-29	13.566	997	14.563
30-59	21.182	1.746	22.928
60 o más	1.164	78	1.242
S.I.	16	3	19
Total	35.928	2.824	38.752

Según tipo de pena	
Medidas alternativas	1.447
Penas sustitutivas	52.213

La información proporcionada es la Distribución población atendida vigente al 31 de diciembre de 2017, según tipo de atención penitenciaria.

Subsistema y modalidad de control	Hombre	Mujer	Total
Subsistema cerrado	45.963	4.145	45.413
Régimen cerrado (recluidos 24 horas)	37.449	3.483	38.752
Régimen semiabierto (ICET)	627	107	547
Régimen abierto (condicional y apremios)	7.887	555	6.114
Subsistema abierto	51.892	8.492	53.758
Libertad vigilada	12.330	2.161	17.673
Reclusión parcial	6.438	681	5.768
PSBC	3.052	564	3.775

Los efectos de la reincidencia en Chile respecto de las penas sustitutivas de libertad /

DANIELA MILLARAY MARIHUÁN PAREJA

Subsistema y modalidad de control	Hombre	Mujer	Total
Remisión condicional	29.983	4.949	26.344
Expulsión Art. 34°	89	22	100
Indulto Ley N° 21.228			
Subsistema pospenitenciario	26.061	2.906	28.967
Total población atendida	123.916	15.543	139.459

Distribución según tipo de delito			
Tipo de delito	Hombres	Mujeres	Total
Robos	20.165	973	21.138
Drogas	7.361	1.895	9.256
Homicidios	2.950	173	3.123
Control de armas	3.377	168	3.545
Delitos sexuales	2.628	12	2.640
Lesiones	1.299	41	1.340
Hurtos	2.378	348	2.726
Ley de Tránsito	814	18	832
Delitos económicos	269	28	297
Otros	4.937	223	5.160
Total	46.178	3.879	50.057
Distribución según tramo de edad			
Tramo de edad	Hombres	Mujeres	Total
18-29	16.789	583	17.372
30-59	21.321	1.546	22.867
60 o más	1.020	78	1.098
S.I.	16	3	19
Total	39.146	2.210	41.356
Según tipo de pena			
Medidas alternativas	5.696		
Penas sustitutivas	54.688		

Según las estadísticas aportadas por los compendios estadísticos de Gendarmería, si bien existe una disminución en ciertos delitos tipificados, la reincidencia en ellos ha ido en aumento, tema que abordaremos más adelante.

3.8.1. *Latencia general del sistema penitenciario*

Latencia se refiere a la cantidad de tiempo que demora un individuo en cometer un nuevo acto delictivo, fenómeno que puede ser útil para determinar políticas públicas de acompañamiento o seguimiento pospenitenciario. Se hipotetiza que ello puede ser una variable a considerar para intentar disminuir la reincidencia delictiva.

Latencia delictiva	
Subsistema cerrado	290 días promedio
Subsistema abierto	438 días promedio
Subsistema semiabierto	289 días promedio
Libertad condicional	367 días promedio
Total sistema	300 días promedio

La latencia para el total del sistema penitenciario es de 300 días, en promedio. El subsistema abierto presenta la mayor latencia, ya que un sujeto egresado demora en promedio 438 días en reingresar al sistema penitenciario. La menor latencia se observa en el subsistema cerrado, con 290 días en promedio³⁶.

3.8.2. *Reincidencia general del sistema penitenciario*

Es importante dar a conocer el nivel general de reincidencia del sistema penitenciario, determinando la totalidad de los egresos y reingresos al sistema como un todo en el periodo de observación de este estudio.

El análisis inferencial realizado a partir de los datos del informe muestra que los siguientes factores están asociados a la reincidencia:

- **Edad:** La reincidencia es más alta entre los jóvenes. En 2021, la tasa de reincidencia de los egresados entre 18 y 24 años fue de 51,2%.
- **Sexo:** La reincidencia es más alta entre los hombres. En 2021, la tasa de reincidencia de los hombres fue de 48,2%, mientras que la tasa de reincidencia de las mujeres fue de 38,1%.
- **Antecedentes penales:** La reincidencia es más alta entre las personas con antecedentes penales. En 2021, la tasa de reincidencia de las personas con antecedentes penales fue de 54,5%, mientras que la tasa de reincidencia de las personas sin antecedentes penales fue de 38,2%.

³⁶ Historia de la Ley N° 18.216, “Acta N° 28 de Sesión de la Junta de Gobierno de 26 de octubre de 1982” (Valparaíso: Biblioteca del Congreso Nacional), p. 8.

- **Tipo de delito:** La reincidencia es más alta en los delitos violentos. En 2023, la tasa de reincidencia de los delitos violentos fue de 50,1%, mientras que la tasa de reincidencia de los delitos no violentos fue de 42,8%.

CAPÍTULO IV. DE LAS PENAS SUSTITUTIVAS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO CHILENO Y SU RELACIÓN CON LA REINCIDENCIA DELICTIVA

El sistema penitenciario chileno ha tenido una constante evolución. Con la promulgación de la Ley N° 20.603 se marca un importante impulso para satisfacer de mejor manera los objetivos de la pena, mediante una nueva visión en torno a la concepción y la forma de ejecución.

Recordemos que la Ley N° 18.216 tuvo por finalidad modificar el régimen de la única medida alternativa entonces vigente, la remisión condicional de la pena, e introducir otras nuevas medidas. El propósito de esta ley era reducir el uso de las penas privativas o restrictivas de libertad y evitar la reincidencia.

Durante la discusión del proyecto de la ley mencionada en 1982, se señala: “las nuevas tendencias criminológicas solo recomiendan en forma muy reducida la aplicación de penas que suponen la privación o restricción continua de libertad, impulsando, en cambio, el tratamiento del delincuente en el medio libre, con la activa participación de la comunidad”³⁷.

La aplicación de la Ley N° 18.216 no fue constante, las medidas alternativas a la cárcel fueron a la baja, especialmente en lo que respecta a la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada del adulto. Esto se justificó debido al crecimiento en la población reclusa y la creación de las salidas alternativas al proceso penal, como la suspensión condicional del procedimiento, la que absorbió un alto porcentaje de casos que antes daban lugar a la remisión condicional de la pena. Sin embargo, en el 2005 comienza un alza nuevamente en la aplicación de las medidas alternativas, llegando en 2008 al 58% del total del sistema penitenciario chileno³⁸.

Los datos entregados por la Fundación Paz Ciudadana señalan que la reincidencia aumentó de forma considerable, al observarse una tasa promedio de 13% en los años noventa y de 15% para el año 2000, mientras que entre 2007 y 2010, la tasa fue de 27,7%. Asimismo, se estimó que entre el 2007 y 2010 el porcentaje de población que tuvo un nuevo contacto con el sistema judicial mediante una formalización alcanzó el 40,6%³⁹.

La Universidad Adolfo Ibáñez junto con el estudio de Fundación Paz Ciudadana, acerca de reincidencia en el sistema penitenciario chileno, observó durante 36 meses

³⁷ Historia de la Ley N° 18.216 (Valparaíso: Biblioteca del Congreso Nacional), p. 58.

³⁸ Gendarmería, *Evaluación de programas*, p. 5.

³⁹ SCA, 21 de agosto de 2023 (Rol 3710-2023).

a personas condenadas en el 2010 que cumplían su condena en el subsistema abierto. Se verificó 23,1% de reincidentes entre los sometidos a remisión condicional de la pena, 19,5% de reincidentes entre los que se sometieron a la libertad vigilada del adulto y 43,7% en el caso de los sancionados con la reclusión nocturna. Del total de personas reincidentes al cabo de 36 meses de observación (6.586 personas), 47,2% reincidió durante sus primeros 12 meses desde el ingreso a una medida alternativa, cifra que al cabo de 24 meses aumenta a 82,3% del total de reincidencias.

CAPÍTULO V. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Respecto de las penas sustitutivas de libertad, la jurisprudencia chilena ha evolucionado en los últimos años, especialmente en el contexto de la reforma del sistema penal establecido por la Ley N° 20.603, que modifica la Ley N° 18.216.

Aspectos generales

Con las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603, la Ley N° 18.216 ya no trata acerca de “medidas” alternativas, sino “penas sustitutivas” a las penas privativas de libertad. Por tanto, no es un beneficio alternativo donde se suspende la ejecución de la pena, sino una sustitución de una pena por otra de naturaleza diversa.

Así, “la remisión condicional de la pena” pasó a ser “remisión condicional”; la “reclusión nocturna” se contempla ahora en la “reclusión parcial”; la libertad vigilada se divide en “libertad vigilada” y “libertad vigilada intensiva”, y se incluyen dos penas nuevas: expulsión y prestación de servicio en beneficio de la comunidad.

En cuanto a la competencia, rigen las normas generales del Código Orgánico de Tribunales y del Código Procesal Penal.

En este capítulo analizaremos algunos aspectos relevantes:

- **Principio de la reincidencia:**

La reincidencia ha sido considerada como un factor que puede influir en la decisión de otorgar o denegar penas sustitutivas. Se establece que la reincidencia en delitos graves puede ser motivo suficiente para no conceder penas sustitutivas.

Un fallo de nuestra jurisprudencia nacional aplica el artículo 12 N° 16 del Código Penal, que señala como agravante el haber sido condenado anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena, siendo este un argumento sustancial para la determinación de la pena⁴⁰.

⁴⁰ STC Rol N° 13.129-2022.

Con ello podemos apreciar que si un condenado ha reincidido será una agravante y causal para no conceder penas sustitutivas.

- **Principio de proporcionalidad:**

La jurisprudencia también ha puesto énfasis en el principio de proporcionalidad en la imposición de penas sustitutivas.

El ministro señor Rodrigo Pica Flores, del Excmo. Tribunal Constitucional, destacó que: *La proporcionalidad de la pena, entendida como una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada* (Sentencia Rol N° 1518, cons. 28), *se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, viniendo a materializar el derecho constitucional de igualdad ante la ley* (en este sentido, sentencias roles N°s 2.658 cons. 7, 2.884 cons. 22 y 2.922 cons. 35)⁴¹.

Otro fallo menciona como argumento que debe agregarse un criterio de proporcionalidad, ya que este se encuentra consagrado en nuestra Carta Fundamental⁴².

- **Evaluación del riesgo:**

Los tribunales han insistido en la evaluación del riesgo que representa el condenado. La naturaleza del delito y el historial delictual del condenado son factores determinantes para decidir acerca de la concesión de penas sustitutivas, inclusive existen condenados que no cumplen con las penas sustitutivas, por lo que estas son revocadas.

El revocamiento de las penas sustitutivas, por incumplimiento de las condiciones de la Ley N° 18.216, suele ser habitual en los tribunales de justicia chilenos⁴³.

CONCLUSIÓN

Según los datos investigados, los niveles de reincidencia en Chile han disminuido durante los últimos 5 años. En 2022, la tasa de reincidencia fue de 25%, mientras que en 2018 fue de 30%. Esta disminución es significativa, pero aún es alta en comparación con otros países de la región. La disminución de la reincidencia se puede deber a varios factores, entre los que se encuentran:

- El aumento de la aplicación de penas sustitutivas de libertad.
- La mejora de los programas de reinserción social para personas condenadas.
- La mayor atención a las causas de la delincuencia.

⁴¹ SCS, de 14 de enero de 2018 (Rol 998-2018).

⁴² SCS, de 8 de noviembre de 2019 (Rol N° 31841-2019 - Rol N° 164-2019).

⁴³ Carreño Rivera, M y Figueroa Morales, C. *Ejecución e incumplimiento de las penas alternativas*, Revista de Ciencias Penales N° 1 año 2022, sección 4.5.

Las penas sustitutivas de libertad, como la reclusión parcial, la libertad vigilada intensiva y la libertad vigilada con monitoreo electrónico, han contribuido a la disminución de la reincidencia. Estas penas permiten a las personas condenadas cumplir su condena en libertad, lo que les facilita la reinserción social y la disminución del riesgo de reincidencia.

Sin embargo, es importante señalar que la reincidencia es un fenómeno complejo que no puede ser explicado por un solo factor. Por tanto, es necesario seguir trabajando en la prevención de la delincuencia y en la mejora de los programas de reinserción social para personas condenadas.

Para seguir disminuyendo los niveles de reincidencia en Chile, se recomienda:

- Aumentar la aplicación de penas sustitutivas de libertad, especialmente para delitos menores.
- Mejorar la coordinación entre los servicios públicos involucrados en la reinserción social.
- Fortalecer el seguimiento de las personas condenadas que cumplen penas sustitutivas de libertad.
- Estas recomendaciones contribuirían a garantizar que las personas condenadas tengan las oportunidades y los recursos necesarios para reinsertarse exitosamente en la sociedad y disminuir el riesgo de reincidencia.

REFERENCIAS

- AEDO, ANDRÉS. “Reincidencia: Crítica metodológica y propuesta de medición e interpretación para el sistema penal chileno” (Santiago: *Revista de Derecho y Humanidades* N° 16, vol. 1, 2010).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. “Penas sustitutivas a la cárcel”, disponible en: <https://www.bcn.cl/portal/leyfacil/recurso/penas-sustitutivas-a-la-carcel>.
- BROWN MEJÍAS, KATHERINE. *Paradigmas de las Penas Sustitutivas en Chile y sus efectos en la actualidad*. Universidad Finis Terrae, 2023.
- CAFFERATA NORES, J. *La probation en el Derecho Penal argentino*. Editorial Astrea, pp. 75-100.
- CÁRDENAS, KIZBETH; CAMERO, CARLOS FRANCISCO. “Análisis de la Obra *Tratado de los Delitos y de las Penas* de Cesare Beccaria. Disponible en: <https://revistas.uas.edu.mx/index.php/JUS/article/view/77/86>
- CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA (1921), artículos 18-23.
- CORDINI, NICOLÁS. “La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 43, 2014, p. 4.

- CUEVA MORILLAS, LORENZO; SANZ BARQUÍN, JESÚS. *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España*. Universidad de Granada, 2013, p. 138.
- FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA Y UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ. “Reincidencia en el sistema penal chileno” (en línea). 2011, Chile. Consulta: diciembre 2011. Disponible en: <<http://www.pazciudadana.cl/wp->
- GENDARMERÍA DE CHILE. Avances en Reinserción Social. Informe de Gestión 2014-2017. Disponible en: https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/ARS_informe_de_gestion.pdf
- GENDARMERÍA DE CHILE. “Compendio Estadístico Penitenciario 2022”, 31 de diciembre de 2017. Disponible en: https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/Compendio_Estadistico_2022.pdf
- GENDARMERÍA DE CHILE. “Compendio Estadístico Penitenciario 2022”, 31 de diciembre de 2022. Disponible en: https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/Compendio_Estadistico_2022.pdf
- HILLMAN, MARÍA A.; GUDIÑO PINTO, MARÍA BEATRIZ. “Una puerta abierta a la mediación penal”. La Ley Córdoba, 2000, pp. 111-114.
- HISTORIA DE LA LEY N° 18.216. Acta N° 28 de Sesión de la Junta de Gobierno de 26 de octubre de 1982 (Valparaíso: Biblioteca del Congreso Nacional), pp. 22 y ss.
- KANT, IMMANUEL. *Die Metaphysik der Sitten* (traducida al español). Stuttgart: Reclam, 2011, p. 331.
- LEY N° 24.660, “Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad”.
- MORALES PEILLARD, ANA MARÍA *et al.* *La Reincidencia en el Sistema Penitenciario Chileno*, Santiago, 2022.
- MORILLAS CUEVA, LORENZO; BARQUÍN SANZ, JESÚS. *La aplicación de las alternativas a la pena de prisión en España*. Universidad de Granada, 2013.
- NAVAS MONDACA, IVÁN. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018).
- MATUS, JEAN PIERRE Y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte general* (Santiago: Tirant lo Blanch, segunda edición).
- RAMÍREZ FARFÁN, FABRIZIO. “Teorías de los fines de la pena: la problemática aplicación de la prevención especial en la política criminal peruana”, *Revista Ius et Veritas* N° 62, 2023, p. 232.
- SCIELO, Artículo de investigación. “Las penas alternativas a la cárcel en Chile. Un análisis desde su evolución histórica”, 1 de julio de 2019. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512019000100255

ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PERITAJE JUDICIAL CONTABLE, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA SEDE PENAL: INIDONEIDAD Y LIMITANTES DE LOS ESTÁNDARES DE AUDITORÍA COMO VEHÍCULO METODOLÓGICO EN ENCARGOS FORENSES*

*Christian M. Nino-Moris***

RESUMEN

A diferencia de lo que sucede con otras instancias procesales judiciales, la práctica de la peritación judicial (forense) en sede penal se rige por otros mecanismos, como la institución de la “prueba libre”, que se sustenta en la facultad que tienen las partes intervinientes para presentar informes elaborados por peritos de su confianza, sin la intervención del tribunal y sin el acuerdo previo de estas. Sin embargo, el ejercicio de esta “libertad de prueba” no presupone legitimar ciertos estándares de la profesión contable que están solo reservados para el ejercicio profesional de una auditoría ortodoxa, como para justificar su cumplimiento y hacerlos extensibles (incorrectamente) a

* Trabajo presentado en: 1) XII Jornada Nacional de Derecho Contable, Mar del Plata, 27 de septiembre de 2019, IADECO, Argentina, y 2) III Jornadas de Derecho Probatorio, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 8 y 9 de agosto de 2023, Mesa *Prueba y Derecho Público*. Este trabajo organiza de mejor manera los aspectos de fondo expuestos en dichas jornadas. No obstante, las opiniones que se vierten en este trabajo académico intentan explicar una parte de la realidad que enfrenta el sistema de peritos contables, el que se expande profusamente en otro documento por publicar. En ningún caso lo que aquí se consigna es una posición en firme. La dinámica jurisprudencial va diseñando doctrina, y en ese entendido, los puntos de vistas se van adaptando o modificando.

** Contador público-auditor-auditor forense, Master of Forensic Accounting, Australia; magíster en Derecho Penal Económico y de la Empresa, Universidad San Sebastián; profesor-instructor Auditoría Forense, Fraude y Delitos Económicos, Universidad Diego Portales; perito judicial contable, I. Corte de Apelaciones; director Depto. A. Forense Colegio de Criminalistas de Chile A.G. y consultor del Consejo de Auditoría General de Gobierno, CAIGG (Segpres). Correo electrónico: aforense@delitos-economicos.cl

las exigencias del artículo 314 y ss. del Código Procesal Penal. En efecto, desde hace un tiempo se ha instalado la idea entre un número de peritos contables –públicos y privados– de la (errada) legitimización de los Estándares de Auditoría (Normas de Auditoría o NAGAS) como un vehículo metodológico válido para ser utilizado en la evacuación de los informes periciales judiciales contables. Esta falsa premisa (o más bien falacia) es poco asertiva y sin mucho sustento doctrinario, pensando que los distintos hacedores de justicia no son llamados a conocer acerca del acervo técnico de que están dotados los peritos contables. Para un juez, por ejemplo, ello no es relevante ni pertinente; lo relevante y pertinente es el camino que utilizó ese perito para arribar a su convencimiento y responder al encargo encomendado, *i.e.*, cómo se ha establecido el proceso heurístico y hermenéutico contable.

Palabras clave: Peritaje judicial contable, informe de peritos, estándar de prueba, Normas de Auditoría, derecho penal económico.

I. INTRODUCCIÓN: UN PRIMER BAÑO DE REALIDAD

Donde en un pleito haya números y registros, habrá un perito contable presto y dispuesto, parece ser una consigna que nos demuestra que cuando hay discrepancias económicas que se ventilan en un juicio, no se pueden resolver si no es con el auxilio de un perito contable. De hecho, si se revisa el Registro de Peritos que administran las distintas Ilmas. Cortes de Apelaciones (ICAs) del país (usado solo para procedimientos civiles o que supletoriamente se recurre a ellos), el lector advertirá que son miles los profesionales del área contable que engrosan sus listas, que no es comparable a ninguna otra profesión contenida en ellas¹. Sin embargo, cuando estas discrepancias económicas dan paso a lesionar los bienes jurídicos que protegen el derecho de propiedad y el patrimonio de las personas, la historia es algo diferente y no hay registro que valga.

La comprensibilidad de la contabilidad mercantil en el mundo legal es un tema que está muy ajado, poco atendido y hasta vilipendiado. La responsabilidad de ello se comparte entre aquellos peritos que han hecho un trabajo deficiente, restando seriedad a la función encomendada, y aquellos hacedores de justicia (resumidos en los abogados litigantes, jueces y fiscales) que poseen poco interés en capacitarse y comprender de mejor manera esta especialidad, que con los vientos que corren, no debiese ser ya un área atípica o desconocida en el ambiente judicial. Basta con ir a los tribunales de familia, civiles, laborales, tributarios y arbitrales, y se encontrarán cientos de miles de diversos registros contables y documentos mercantiles que son

¹ Para el bienio 2024-2025, los profesionales de la contabilidad (contadores y auditores), solo en Santiago, figuran con más de 4.000 inscripciones (en sus diferentes especialidades), considerando solo las jurisdicciones de Santiago y San Miguel.

aportados a esas causas. Asimismo, el catálogo de delitos económicos es abrumador, por lo que no conocer la tipología de los fraudes contables es un retroceso para el Sistema Procesal Penal de Justicia.

El mundo académico local, por su parte, también ha contribuido a este desfavorable panorama, al no existir estudios o *working papers* que aborden la cuestión de la peritación contable judicial. De hecho, muchos de los recursos bibliográficos de apoyo a los contadores en estas materias provienen de países como Argentina, España, México y Perú, pero que no representan la realidad procesal de Chile, salvo por cuestiones más referidos a la “práctica forense” en general, *i.e.*, modelos de escritos. En este mismo sentido, el rol pasivo del Colegio de Contadores de Chile A.G. (CONTACH A.G.) no ha abordado esta problemática oportunamente.

Corroborar esta realidad lo planteado por el destacado jurisperito Duce Julio, quien en una de sus emblemáticas investigaciones acerca de la prueba pericial plantea: *... los entrevistados identifican algunos problemas [en el sistema de peritos], pero con frecuencias mucho más bajas de mención en temas, como, por ejemplo, las pericias [sic] contables. Debido a la baja frecuencia con la que son mencionadas estas otras áreas no me detengo en su análisis*².

Esta realidad es preocupante, considerando que ya en el 2019 se daba cuenta de un aumento explosivo de los delitos económicos, del orden de 537%³ en un lapso de 14 años. Se suma recientemente el aumento del 793% en el tráfico de drogas mediante redes sociales⁴, el que constituye un delito precedente de lavado de activos. Ahora bien, una cosa es el aumento de estos delitos económicos y otra es cuántos de esos casos terminaron en condena efectiva. Importante resulta, entonces, una adecuada investigación criminal de carácter contable. El no distinguir adecuadamente el valor de la evidencia contable en una u otra dimensión jurisdiccional (civil-penal), podría cambiar drásticamente el curso de esa investigación y favorecer erróneamente a los sujetos y empresas investigadas. Es por ello que los hacedores de justicia no deberían descansar ciegamente en la labor que efectúan los peritos

² Duce J., Mauricio (2018). “Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema”, *Política Criminal*, Vol. 13, N° 25, p. 64. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000100042> [Último acceso: febrero del 2025].

³ Álvarez, Gabriel (2019). “Delitos económicos suben 537% en los últimos 14 años y solo en 2018 se denunciaron 123.792 casos”, Empresas & Mercados, Diario Electrónico *El Pulso*, 25 de enero, Consorcio Periodístico de Chile S.A. Acceso pagado: <https://kiosco.latercera.com/reader/25-01-2019-pulso?location=4> [Último acceso: febrero del 2025].

⁴ Ostertag, Javiera (2025), “Temporada narco digital: tráfico de drogas por redes sociales se disparó un 793% este verano”, Unidad Investigación en Radio Bío Bío, Santiago, 21 de marzo de 2025, <https://www.biobiochile.cl/especial/bbcl-investiga/noticias/articulos/2025/03/21/temporada-narco-digital-trafico-de-drogas-por-redes-sociales-se-disparo-un-793-este-verano.shtml> [Último acceso: febrero del 2025].

públicos (oficiales) y privados en materia contable; nunca debiesen descuidarse los aspectos metodológicos, porque el camino heurístico debería pesar mucho más que los aspectos técnicos y circunstanciados.

Un reciente ejemplo que ilustra la cuestión anterior es el actual Caso Fuente-Alba, donde la Fiscalía reconoció que *no cabe duda de que [fue] una derrota importante*⁵. El Tribunal en su fallo –respecto de la cuestión del delito de lavado de activos– arguyó que *... los análisis realizados [por el perito oficial] fueron parciales e incompletos, al no considerar elementos que podrían haber ofrecido una visión más integral de las supuestas maniobras sospechosas* (p. 910); siguiendo, [el perito] *se centró en identificar operaciones inusuales o sospechosas, sin realizar un análisis profundo sobre su posible justificación o licitud, como tampoco indagó sobre el contexto económico, comercial y financiero en el que estas se realizaron* (p. 911). Remata el Tribunal: *Se subraya la importancia de una evaluación integral y meticulosa de todos los insumos disponibles en investigaciones de esta naturaleza, no solo debilita el caso desde una perspectiva técnica, sino que también deja de manifiesto la falta de rigurosidad de la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público* (p. 911b)⁶. En este caso, qué duda cabe que la contabilidad jugaba un papel determinante, pero es algo que el persecutor no se lo estaría tomando muy en serio.

Para adentrarnos en nuestro análisis, en una primera fase ofreceremos unos contextos del ejercicio de la función pericial en Chile, los que nos permitirán profundizar en las cuestiones inherentes al trabajo del perito judicial contable en la sede penal, pero que, no obstante, recurriremos a la jurisprudencia civil para apoyar algunos de los argumentos que expondremos, donde no nos sea posible sustentarlos con doctrina procesal penal; que en todo caso son compatibles, atinentes y transversales a la práctica pericial contable.

1.1. Una apreciación del funcionamiento del sistema de peritos desde las instituciones públicas

Una vez que se instaló el Sistema Penal Acusatorio en el país, en el 2000, notables fueron los cambios que se produjeron respecto de la prueba pericial, tales como en quiénes recaería la calidad de peritos, quiénes investigarían y acerca de cómo se evacuarían los informes forenses; lo claro era que la emisión de papeles sin dar la cara al juez ya no iba a ser posible. Por ejemplo, se eliminaron las otrora Listas de Peritos para estos profesionales que se consagraban en el artículo 221 del

⁵ <https://www.t13.cl/noticia/nacional/fiscal-nacional-reconoce-una-derrota-importante-caso-fuente-alba-15-5-2024> [Último acceso: Febrero del 2025].

⁶ Sentencia (de primera instancia) del Cuarto TOP de Santiago, RUC 1401078417-5, 5 de agosto de 2024, en apelación A-N°Penal-4701-2024., y recurso de nulidad ante la Excm. Corte Suprema, en Causa Rol 38933-2024.

ex Código de Procedimiento Penal⁷, lo que permitió aumentar la “oferta pericial” de estos, invocando el Principio de Libertad de Prueba; aunque paradójicamente, durante los años que ha estado en funcionamiento el nuevo procedimiento penal, han sido muy pocas las causas por delitos económicos que han terminado en juicios orales y en las que, además, un perito contable haya tenido la oportunidad de entregar su testimonio (suponiendo que no se incurrió en la trampa de la “prueba pericial encubierta”⁸).

En efecto, en el 2024 solo 1,63% llegó a la instancia de juicio oral⁹, lo que demuestra las escasas probabilidades para algún perito contable de declarar en juicio, sin antes, claro, haber sorteado la “prueba de la blancura” en cuanto a las *suficientes garantías de seriedad y profesionalismo* respecto del contenido de los informes periciales ofrecidos en la celebración de la Audiencia de Preparación de Juicio (APJO), que los jueces de control están llamados a vigilar.

⁷ En el 2010, en virtud del literal a) del artículo 5° Transitorio de la Ley 19.665:2000, todas las causas que tenía el 10° Juzgado del Crimen fueron traspasadas al 34° Juzgado del Crimen, que debía tramitar, en ese entonces, 5.907 causas pendientes. Luego de que entrara en vigencia la Reforma Procesal Penal, por ley se estableció que el 31 de diciembre de 2009 debían cerrar definitivamente todos los Juzgados del Crimen. Sin embargo, se postergó el cierre tras diversos proyectos de ley que buscaban la gradualidad de esta fusión de tribunales, sosteniendo que la recarga de trabajo podía impedir un debido proceso, tanto para procesados y condenados como para las víctimas. *El Mercurio*, 3 de enero de 2010, citado en https://archivo.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/v2/contenido_detalle.html&idcat=1329&nseccion=Actividades20y%252520Noticias%252520%25253A%252520Noticias%252520%25253A%252520Noticias [Último acceso: Febrero del 2025].

⁸ ...[S]e trata cuando se pretende incorporar el mismo conocimiento experto mediante un medio probatorio subrogante, con la evidente discordancia entre la fuente probatoria que se pretende ingresar al proceso y el medio de prueba elegido para aquello, lo que conlleva evadir las normas procedimentales que permiten a la contraria controlar la formación de la prueba... En un procedimiento oral la prueba de peritos se produce con la declaración del perito, con las garantías de acompañar obligatoriamente de manera previa documentos de su idoneidad para el caso; su juramento previo; disponer con anticipación al juicio oral su informe, para elaborar posibles preguntas de contraexamen y así contrastar su idoneidad, veracidad y calidad. Si se opta por ofrecer e ingresar dicha información mediante una prueba documental, ofertando el informe pericial como documento, se priva a la parte del control de dicha información, minimizando su calidad.

Aguilera Chaparro, Gonzalo y Galleguillos Carmona, Héctor, 2022, “Peritajes en procedimientos reformados: Análisis y valoración”, Academia Judicial de Chile, Colección Materiales Docentes, Nº 56, p.46-47, https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2022/11/MD56-Peritajes-en-procedimientos-reformados_-Analisis-y-valoracion.pdf [Último acceso: Febrero del 2025].

⁹ El Boletín Estadístico Anual, del Ministerio Público, enero - diciembre 2024, reveló que el total de los delitos económicos y tributarios representaron el 9,3% del total de delitos ingresados a nivel nacional. Ahora bien, de las 161.479 causas ingresadas como delitos económicos y tributarios a la Fiscalía, solo 253 terminaron en juicios orales, esto es, apenas 1,63%. Hay que señalar que no se conoce si en todos estos juicios se ofreció o no una prueba pericial contable.

Sin embargo, esa desalentadora realidad de ese 1,63% no puede llevarnos al error de restar crédito a la prueba pericial contable, por cuanto si bien la opción de acusar y la decisión de llevar al acusado a juicio oral recae en primera instancia en la persona del fiscal¹⁰, la etapa intermedia –el proceso de la investigación– importa bastante, porque es donde la prueba pericial (contable, para nuestros propósitos) tendría un peso gravitante, y en algunos casos, definitorio en cuanto a la suerte procesal del imputado, particularmente si se trata de una prueba de descargo.

Siguiendo en lo tocante a la “oferta pericial contable”, no hay que dejar de mencionar que al contar con un universo amplio de peritos contables puede constituir en sí mismo un problema para el Sistema de Peritos, porque ante un mayor volumen de oferentes, mayores y más transversales serán los riesgos en cuanto a su desempeño y las críticas por parte de los operadores judiciales, pudiendo aquellos no ser advertidos¹¹ o atendidos por el Poder Judicial (PJUD)¹² (o por los gremios de funcionarios del PJUD¹³); problemas que han persistido hasta ahora. No obstante, al final del día siempre habrá un perito de relevo (presto y dispuesto) que asistirá al letrado, de una u otra manera (contador o auditor, de donde venga), a reconducir el legítimo derecho de la parte a hacer uso de la prueba pericial contable, para resguardar los desequilibrios en la contención¹⁴; pero ello supone un riesgo para el abogado litigante que lo ofrece como órgano de prueba, no bastando o siendo

¹⁰ Artículo 248 y ss., CPP.

¹¹ *[L]as Cortes no estarían cumpliendo su rol de ejercer un control efectivo sobre los peritajes, lo que redundaría en que no existiría supervisión respecto de la capacidad del juez de primera instancia para valorar la prueba pericial conforme a las reglas de la sana crítica. Ello iría en detrimento de un servicio de justicia de calidad, pues no se revisa si efectivamente el peritaje fue correctamente empleado y apreciado para la deliberación.* Poder Judicial de Chile (2017), “Peritajes en Chile: Informe con Principales Resultados del Estudio Diagnóstico de los Sistemas de Peritajes en Chile”, IDECS: 338, Dirección de Estudios de la Corte Suprema, p. 24.

¹² PJUD, *Op. cit.*, p. 20: ... *existiría un gran problema subyacente a las dificultades que evidencia la labor pericial: la falta de un diagnóstico general. Esta ausencia nos ha permitido constatar que es un tema relevante para el funcionamiento del sistema de justicia, y[,] por ende, los puntos críticos que impiden un mejor funcionamiento y respecto de los cuales deben impulsarse medidas que posibiliten avanzar.*

¹³ *Viz* la Asociación Nacional de Magistradas y Magistrados, ANMM; Asociación Nacional de Empleados del Poder Judicial, ANEJUD, y la Asociación Gremial Nacional de Fiscales del Ministerio Público, ANF.

¹⁴ El inciso 3 del artículo 316 del CPP prescribe: *Excepcionalmente, el juez de garantía podrá relevar a la parte, total o parcialmente, del pago de la remuneración del perito, cuando considerare que ella no cuenta con medios suficientes para solventarlo o cuando, tratándose del imputado, la no realización de la diligencia pudiere importar un notorio desequilibrio en sus posibilidades de defensa. En este último caso, el juez de garantía regulará prudencialmente la remuneración del perito, teniendo presente los honorarios habituales en la plaza y el total o la parte de la remuneración que no fuere asumida por el solicitante será de cargo fiscal.*

suficiente la sola investidura de “contador”¹⁵, ni el uso de metodologías contables del tipo *one-size-fits-all*, *i.e.*, que se ajusten a todas las circunstancias judiciales –incluso si se refieren a casos con unos mismos tipos penales en juego– sin tomar conciencia de las expectativas que el legislador ha esperado de su trabajo: apreciando los hechos, no emitiendo opiniones personales sobre ellos.

Una manifestación palmaria de lo anterior es cuando esos informes técnicos que se aportan como medio de prueba (en forma de un documento que luego pasa a ser una declaración en juicio) revelan algunos déficits en cuanto a sus aspectos metodológicos, basándose en los Estándares de Auditoría, como si sus destinatarios fueran gerentes, directores o dueños de empresas. Tal como ocurre con la práctica jurídico-legal, hay evidentes contrastes que deben advertirse a la hora de preferir a un profesional de la Contabilidad y la Auditoría que se vincula a la práctica de la peritación judicial contable en sus distintas dimensiones. No es raro, por ejemplo, que muchos de esos profesionales posean oficinas contables, pero que repentinamente toman un rol pericial que los desmarca –por un rato– de la llevanza de los libros de sus clientes. Es por ello que, antes de efectuar algunos desarrollos acerca de esta cuestión, es pertinente fijar algunas ideas para contextualizar la discusión.

Los peritajes judiciales contables, a diferencia de los informes de auditoría (u otros informes técnicos), se construyen siguiendo caminos poco ortodoxos (por la naturaleza de la contención), donde la *heurística* (el proceso metodológico *ad-hoc* seguido por el perito), la *hermenéutica contable* (la justificación razonada conforme con los principios de la ciencia o reglas del perito) las *métricas* (las pruebas sustantivas aplicadas por el perito) y la *didáctica* (la exposición de las conclusiones derivadas del *Lex Artis* del perito), serían los umbrales de calidad a verificar por el juzgador. Todo lo anterior, a modo de corolario, según lo ha exigido el –exiguo– artículo 315 del Código Procesal Penal (CPP).

Otro punto por destacar en esta discusión tiene que ver con la experiencia profesional del auditor en materia pericial. No debemos confundir la experiencia profesional con las competencias que exigen los Estándares de Auditoría, entendiendo aquellas como lo describe nuestra Academia de la Lengua, “competencia: *la pericia, aptitud o idoneidad para hacer algo o intervenir en un asunto determinado*”, con aquellas vinculadas a la práctica de la peritación contable relacionada con los entornos judiciales, cualquiera sea la jurisdicción en que se obre. Así, por ejemplo, un perito contable cumple un rol, una función pública o privada, pero que, sin ser estrictamente un auxiliar de la justicia¹⁶, aporta con sus conocimientos especiales al

¹⁵ Véase para una mayor expansión en, NINO-MORIS, CHRISTIAN (2019), “Peritos judiciales sin Credenciales”, Columna, El Mostrador, Blogs y Opinión, <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2019/04/04/peritos-judiciales-sin-credenciales> [Último acceso: Febrero del 2025].

¹⁶ Hay que recordar que el Código Orgánico de Tribunales (COT) no señala en su Título XI ningún tipo de perito como auxiliar en la administración de justicia.

esclarecimiento de ciertos hechos en controversia; hechos que no ha presenciado, pero que se refieren a una realidad que se reconstruye, parcialmente, por cierto, a partir de las distintas piezas de prueba a que se han tenido acceso (muchas veces de manera indiciaria). Es decir, el perito contable se enfrenta a una falta de estandarización acerca de los periodos a auscultar, cosa que sí acontece en una auditoría contable ordinaria; tampoco ese perito recurre a la aplicación de pruebas sustantivas habituales para practicar ciertas diligencias, como sí ocurre en el ejercicio de las Estándares de Auditoría (por ej., cartas de circularización a terceros, para confirmar ciertas cifras en la contraparte mercantil). En otro sentido, esos estándares profesionales tampoco resuelven o entregan “guías de acción” (o “recetas”) para enfrentar un contrainterrogatorio en un juicio oral.

En consecuencia, hay un número de déficits que los Estándares de Auditoría contemplan –según se verá– y que impiden cumplir la función pericial tanto en estrados como en el papel. Por más que se esboce un discurso dialéctico para decir lo contrario, el peso de la realidad procesal termina por hacer sucumbir la supuesta contribución de esos estándares a la labor pericial; contribución que, por lo demás, es algo limitada y a veces solo reclamada desde lo teórico, sin manifestación alguna en lo práctico y sin correlación alguna entre lo que se dice y lo que se hace (véase *infra*).

Para reforzar empíricamente lo anterior, recurriremos a una “frase hecha” –como copiada de manual– que es muy común encontrar en un número de informes periciales contables en las sedes Laborales, de Familia, Penal y Civil¹⁷, con uno que otro matiz e intensidad (NB: Énfasis agregado):

La opinión de este perito en el presente informe, estará sustentada en el cumplimiento de Normas de Contabilidad y Auditoría Generalmente Aceptadas en Chile [NB: En su informe no se mencionaron ni explicaron], opinión que se basará en la obtención y conformación de evidencias significativas, relevantes, adecuadas y suficientes [NB: No se describieron ni cómo contribuyeron en la opinión profesional] sobre los hechos examinados, soportadas mediante pruebas sustantivas y detalladas y que cumplen con ser objetivas y fidedignas [NB: “fidedigno” no es atributo de tales pruebas], las cuales han sido obtenidas mediante la utilización de procedimientos y técnicas de auditoría, como las de observación documentaria [NB: Debió decir “Inspección documental”], cotejos documentarios, formulación de registro [NB: No se reconoce este procedimiento en la profesión contable, al menos debió explicitarse],

¹⁷ Invocando la Ley de Protección de Datos Personales (Ley 19.628: 1999), no se revelarán las identidades de los peritos contables, ni del RUC/RIT de la causa judicial desde donde se consignan tales declaraciones. El autor de este artículo inventarió más de 100 informes periciales contables desde el portal del PJUD; salvo en lo referido a las causas de los Tribunales de Familia y Penales, donde se tuvo acceso a algunos de estos informes cuando el autor fue perito de confianza de una de las partes y se le allegaron los informes de la contraparte.

Estándar de prueba en el peritaje judicial contable, con especial atención a la sede penal: inidoneidad y limitantes de los Estándares de Auditoría como vehículo metodológico... / CHRISTIAN M. NINO-MORIS

confirmación de saldos, comprobación de cálculos y resultados, entre otras (Juzgado de Letras del Trabajo Valparaíso, 2017).

Otros casos en extremo se recogen en este ejemplo declarativo de un perito contable (NB: Énfasis agregado):

Mi Peritaje Contable fue desarrollado conforme a Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas en Chile y de acuerdo a [sic] los principios legales previstos en los Artículos [sic] 315 del Código Procesal Penal... Se efectuó revisión analítica de la documentación... la cual fue examinada y sometida a pruebas periciales sustantivas y de cumplimiento conforme a las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) [NB: No existen en la doctrina contable las “pruebas periciales sustantivas”] y Normas de Auditoría de Atestiguación [NB: No se mencionó cuál], en concordancia con las normativas legales aplicables en cada caso. [NB: No se mencionaron cuáles eran esas “normas legales” y en qué casos] (Juzgado de Letras de Diego de Almagro, 2019).

Respecto de esto último, es preocupante que ninguno de los intervinientes de la causa (a juzgar por el expediente tenido a la vista) haya advertido los desaciertos manifiestos que se encuentran en este tipo de “informes periciales contables”. Primero, se trató de una contención librada en una sede laboral, por tanto, impertinente (y desproporcionado) resultó recurrir al artículo 315 del CPP. Segundo, es preocupante que los litigantes no hayan advertido los errores metodológicos del informe, ni que en la etapa de la testimonial se haya “tachado” la experiencia profesional en materias periciales. Por ejemplo, ante el examen de la demandada, el perito replicó ... *soy contador auditor hace 13 años, soy auditor de estados financieros, y asesor de varios directorios, bago clases a nivel internacional de normas internacionales de auditoría, soy perito judicial hace [solo] 3 años...* (NB: Énfasis agregado). No tiene una correlación positiva tener experiencia como auditor de estados financieros y ser un perito contable. Conducir por años un Fórmula 1, no convierte a la persona en un conductor experto de un volquete minero.

Como una forma de refrendar empíricamente lo anterior, desde la institucionalidad judicial se expidió una publicación procedente de la Dirección de Estudios de la Excm. Corte Suprema (ECS), del 2017, donde se reveló, entre otras cuestiones, que (NB: Énfasis agregado):

... el segundo factor más importante detectado, dice relación con la escasa o nula formación que existe en las universidades, tanto en las facultades de Derecho como en otras, particularmente en pregrado [sic] pero también en posgrado, respecto de la labor pericial. Se destaca, tanto por académicos como por litigantes y magistrados, un amplio número de malas experiencias con peritos de escasa o nula preparación [procesal] jurídica (p. 34).

A lo anterior se suma el hecho de que, si bien se ha avanzado en los últimos tiempos en la promulgación de leyes referentes a la probidad pública y privada, persiste entre los operadores del sistema manifiestos déficits para comprender las actividades económicas que subyacen tanto en los delitos de corrupción como en los delitos económicos. Esto, a propósito de que ese mismo informe *supra* destaca, respecto de los abogados litigantes, que (NB: Énfasis agregado):

... los [abogados] litigantes carecen de las capacidades y competencias suficientes para examinar adecuadamente la prueba pericial (...), ... *la principal razón que explica el funcionamiento deficiente de los peritajes en Chile es que los abogados litigantes carecen de formación en epistemología. Esto, desde su punto de vista, es un problema estructural del sistema que se origina en las universidades...* (p. 35).

A pesar de que la ECS ha sido muy clara en su diagnóstico revelado en el 2017, pareciera ser que poco se ha avanzado en la institucionalidad público-privada para elevar la calidad del sistema de peritos. En efecto, en el 2019, a propósito de un reportaje expuesto por un canal de TV abierta, caratulado “Peritos judiciales sin regulación”, la ECS señaló que, como organismo de justicia, solo *certifica que* [ese perito tenga] *la competencia profesional mínima; y segundo, que* [carezca] *de inhabilidades legales*. Añadiendo que *figurar en la lista de peritos no significa que el Poder Judicial está contratando al perito...* Continúa: [la ECS no puede] *seleccionar a los mejores. No es competencia del Poder Judicial seleccionar a los mejores*¹⁸. *Se critica, por otra parte, que el método de selección de las listas de peritos, al preocuparse solo de consignar que estos no cuenten con inhabilidades, pero no que tengan las competencias necesarias para el ejercicio del cargo, resulta en un ejercicio de control poco eficaz.*

Ante la realidad antes descrita, el Ministerio de Justicia de la época manifestó que *ningún organismo, incluido el Poder Judicial, se ha acercado ante ellos, manifestando el interés por regular un problema con el sistema de peritos*, agregando que *no es un tema que a nosotros se nos haya levantado hasta ahora como una “problemática de gravedad”, en la medida en que lo sea, por supuesto que vamos a mirar y hacer todo lo que esté en nuestras manos para que efectivamente* [el sistema de peritos] *mejore*¹⁹.

Por último, y no menos importante, está la visión de la Defensoría Penal Pública (DPP), mediante el “Proyecto Inocentes”, una iniciativa que busca mejorar ciertas prácticas, hábitos y rutinas de trabajo de los principales actores del Sistema de Justicia. Concretamente, se trata de exponer los errores del sistema respecto de sujetos que

¹⁸ Reportaje T13: “Peritos judiciales sin regulación”, 2019, <https://www.t13.cl/videos/nacional/video-reportajest13-peritos-judiciales-regulacion-ninos-riesgo> [Último acceso: Febrero del 2025].

¹⁹ *Idem*.

han sido objeto de una persecución penal, a quienes se les ha imputado la comisión de un delito y luego se les comprueba su inocencia²⁰.

En cuanto a estos errores, están los referidos a los procedimientos periciales o ciencia limitada, que nos interesa destacar. El proyecto da cuenta de peritaciones judiciales que han carecido de validación con “estándares científicos” o que no permiten la posibilidad de ser objeto de controles de calidad, llegando a conclusiones periciales que han excedido las limitaciones de la técnica o a peritajes que han establecido conclusiones basadas en errores técnicos. A modo de ejemplo²¹:

- Peritajes psicológicos de veracidad²² que, sin base científica, establecen sus conclusiones con certeza absoluta;
- Peritajes en áreas de criminalística como informes grafológicos o plantares que pretenden establecer conclusiones, sin estudios clínicos o de laboratorios comprobables;
- Peritajes en que se omitieron protocolos de procedimiento en la toma de muestras o se omitieron análisis para la validez de los resultados, por falta de preparación y entrenamiento de los técnicos.

La iniciativa de la DPP busca concientizar en el sentido de que no cualquier informe pericial que describa el uso de un procedimiento y establezca una conclusión se debe considerar “peritaje”. Se señala que la técnica aplicada y las conclusiones que de ella se obtienen deben estar científicamente validadas²³.

A la luz de todo este escenario que ha vivido el país pertinente a la deficiencia del sistema de peritos, el Poder Legislativo ha respondido con una propuesta concreta de mejoramiento para este. Es así como en mayo del 2022 un grupo de parlamentarios de la Comisión de Familia, Infancia y Adolescencia presentó un Proyecto de Ley “Sobre peritaje judicial”, Boletín N° 14.982-07²⁴, donde lo primero que llama la atención de esta iniciativa legislativa es que se limita y acota solo a un estamento del sistema de peritos, como si el problema se alojara en una única facción de profesionales, y solo circunscrito a los Tribunales de Familia. Este Proyecto de Ley propone, concretamente, robustecer la regulación de los peritajes judiciales en nuestro país (aunque no en todas las especialidades), con el fin de evitar un amplio margen de consecuencias negativas que se denuncian, y que se encontrarían estrechamente

²⁰ <https://www.proyectoinocentes.cl/pag/5/353/introduccion> [Último acceso: Febrero del 2025].

²¹ *Idem*.

²² Según la investigación *supra* del profesor Duce, la gran mayoría de peritajes judiciales son de carácter psicológico y psiquiátrico, los que considerados en su conjunto representan más de 55% del total de las causas por delitos sexuales.

²³ Esto de “científicamente validadas” no aplica para todos los encargos periciales.

²⁴ http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=14982-07 [Último acceso: Febrero del 2025].

vinculadas con la falta de monitoreo y fiscalización que existe en nuestro país en relación con el trabajo de los peritos.

Ante la poca claridad del alcance e impacto del Proyecto de Ley, la ECS en junio del 2022 hace notar sus discrepancias advirtiendo, especialmente, que²⁵:

1. Atendida la fragmentariedad de la regulación de peritos existente y debido a la ambigüedad de los alcances de la regulación propuesta, resulta imposible valorar el mérito de la iniciativa;
2. La iniciativa no incorpora “consecuencias normativas” específicas que sean relevantes en términos de la regulación y operatividad de las normas aplicables al peritaje judicial. Esto acrecienta la dificultad que existe para valorarlas: si no es posible identificar ni su alcance ni sus consecuencias, ellas terminan siendo procesalmente irrelevantes;
3. La propuesta legislativa altera de modo radical la regla vigente en materia de inhabilitación de peritos, estipulando que ellos pueden ser excluidos *cuando se comprueben deficiencias o irregularidades en su peritaje que impacten en lo resolutivo del fallo*. En la medida que los peritos sigan estando regulados como en la actualidad, bajo el criterio de la libre aportación de partes y en un modelo fundado en la Regla de la Sana Crítica, parece preferible mantener la regla actual y considerar prohibida su inhabilitación. El proyecto no parece hacer justicia a su fundamentación, ni a sus objetivos declarados, los que, entre otras materias, consideraban la regulación de los peritajes en sede civil y penal.

En general, la propuesta del Legislativo –a juicio del Pleno de la ECS– *resultan ambiguos y contradicen el modelo probatorio establecido...* Hasta la fecha no ha prosperado esta iniciativa legislativa. Pareciera ser, entonces, que solo fue un impulso político para la TV.

1.2.Una apreciación desde los operadores del sistema de peritos

Por otro lado, desde el otro lado de la trinchera, la presidenta de la Asociación de Abogados de Familia señaló a un medio de comunicación digital que *está lleno de peritos privados que, inscritos en la Corte o no, no tienen ningún aval. La única opción para ver su idoneidad es cuando se está en el juicio y se le puede consultar para revisar su calidad profesional. Aunque es muy raro que el juez concluya que no es idóneo si ya está en el listado de peritos de la Corte*. En ese mismo medio, un juez del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago reconoció que *en los juicios actualmente, en todo ámbito, la opinión de los peritos es vital para poder resolver, porque*

²⁵ PJUD, 2022, “Oficio N° 125-2022, Informe de Proyecto de Ley Sobre Peritaje Judicial”, <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/docs/download/41842> [Último acceso: Febrero del 2025].

*hay cuestiones que solo pueden ser explicadas por expertos. Lo que falta es una mayor formación en el análisis pericial forense: formación académica para los peritos y para los abogados para cuestionar esos informes*²⁶. (NB: Énfasis agregado).

En cuanto a la opinión de los protagonistas –los propios peritos– aluden que el “aparataje judicial” también contribuye a las problemáticas en el sistema de peritos. Algunas de las quejas recurrentes –de pasillos– que hacen los peritos dicen relación, por ejemplo, con el limitado plazo legal que se dispone para la evacuación de cierto tipo de peritaciones, como sucede en el ámbito tributario (hasta 15 días, fijados por ley). Otra queja recurrente lo es respecto de la “cadena de custodia” de la evidencia y la falta de un protocolo de acceso a ella, donde los peritos deben hacer ciertas “peripecias” para tener a disposición la información para cumplir en tiempo y forma (con abogados más o menos colaboradores y con conocimientos forenses).

Por ejemplo, algunos jueces, omitiendo la importancia del manejo de la evidencia digital (referidos a archivos con información contable), han decretado diligencias en desmedro del resguardo de los datos y la calidad del trabajo pericial.

A modo de ilustración, esta fue la solicitud pericial en un caso (NB: Énfasis agregado):

Que, de acuerdo con lo antes señalado, esta perito requiere dentro de las diligencias periciales, para poder cumplir con el encargo pericial decretado en autos, constituirse SS., en ese tribunal. Para tales efectos [...] obtener las imágenes forenses (copia certificada por un especialista) de siete dispositivos pendrives que se encuentran en custodia de ese tribunal. Esta perito irá acompañada del especialista forense...

No obstante, habiéndose advertido la adecuada preservación de la evidencia digital manifestada por la perito contable, la respuesta del Tribunal giró en torno a proceder según su mejor entender, ordenando una copia “doméstica” (no forense) de la custodia:

... se autoriza a la perito [contable] a traer uno o más dispositivos de almacenamiento de datos electrónicos, para efectos de que un funcionario del Tribunal copie en dichos dispositivos los archivos contenidos en los pendrives custodiados... (Causa 14° Juzgado Civil de Santiago).

En otra causa, de otro tribunal, la respuesta al perito contable fue de una similar naturaleza (NB: Énfasis agregado):

²⁶ CENTRO DE INVESTIGACIÓN PERIODÍSTICA (Ciper), 2016, “Tribunales de Familia: Las graves deficiencias del Sistema de Peritos”, periodistas Matías Jara y Catalina Albert, <https://www.ciperchile.cl/2016/08/30/tribunales-de-familia-las-graves-deficiencias-del-sistema-de-peritos/> [Último acceso: Febrero del 2025].

Como se pide, comparezca el perito [contable], a objeto de obtener copia del dispositivo electrónico custodiado bajo el N°1100-202X. Se hace presente al perito que, para tal objeto, debe apersonarse al tribunal con un pendrive en blanco, en el que se le entregará copia del contenido custodiado (Causa 4° Juzgado Civil de Santiago).

Es decir, en ambos casos, existiendo una Norma Chilena sobre manejo de la evidencia digital, la Norma Nch-ISO 27.037:2015, el tribunal consideró que una copia “casera” de los antecedentes, bajo su custodia, era suficiente para que los peritos se hicieran de las piezas de prueba, quien solo debía llevarla a cabo el personal del tribunal, sin advertir de los riesgos de manipular una evidencia de esta naturaleza y por personas sin la especialización y certificación necesaria (o al menos, sin la oportunidad de revisar sus credenciales).

En otro sentido, los peritos también critican la falta de claridad sobre los puntos de interés de la peritación, sea de la parte que pide el encargo o del tribunal (donde procediere), siendo ambiguo o amplio su actuar. Se sigue confundiendo aun entre un peritaje judicial contable y una auditoría financiera (esto es lo que justamente intenta este trabajo despejar).

En relación con las impresiones capturadas desde los peritos que se consignaron en el Informe-Estudio de la ECS, estos reconocieron una calificación más bien baja en materia de conocimientos generales acerca de la organización de los tribunales de justicia y en cuanto a los conocimientos acerca de cómo el tribunal valora la prueba pericial. Siguiendo, al consultarles a los peritos por su propia formación en materia del proceso civil, se autoevalúan más críticamente, destacando aspectos tales como cuáles son las etapas de un juicio civil o cómo se regulan los honorarios²⁷.

Respecto de la posición del CONTACH A.G., uno de los gremios contables existentes en Chile, no se encontró, sorpresivamente, ningún pronunciamiento oficial respecto del ejercicio de la peritación judicial contable, considerando que los contadores son los que dominan en número las listas de las ICAs (aunque eso no significa que estén todos ellos adheridos a ese gremio). En efecto, según las indagaciones efectuadas pertinentes a la materia²⁸, el Colegio de Criminalistas de Chile A.G. hizo llegar, en diciembre del 2021, a la Honorable Comisión de Auditoría Externa del CONTACH A.G. el “Memorándum Consultivo 02/2021”, acerca de algunas cuestiones inherentes al ejercicio de la profesión contable en cuanto a la práctica pericial contable, a propósito del interés de contadores de ser parte del COLCRIM A.G.²⁹.

²⁷ PJUD, *Op. cit.*, pp. 25-26.

²⁸ El autor es director del Departamento de Auditoría Forense del COLCRIM A.G.

²⁹ A pesar de que se comprometió una fecha para su resolución, esa Comisión nunca ofreció una respuesta de ningún tipo al COLCRIM A.G. Hasta el momento de publicado este trabajo académico, ningún directivo de esa orden gremial ha accedido a lo que en ese Memorándum se inquirió.

Las preguntas que no se resolvieron por parte de la Honorable Comisión de Auditoría Externa decían relación con³⁰:

- (a) *¿Cuál es o ha sido la postura del CONTACH A.G. en las materias referidas al rol de los contadores generales en la práctica de la peritación contable, tales como lo concerniente a su preparación técnica o formación profesional al respecto?*;
- (b) *Para efectos de la práctica de la peritación judicial contable, ¿cómo o en qué sentido debería entender el contador general que la contabilidad es una ciencia, considerando que la ley (DFL 2/2009) reconoce solo esa “formación científica” a los titulados de universidades o institutos profesionales con carreras de al menos 8 semestres, no obstante que el propio reglamento de la Ley 13011: 1958 señala por “contador” (niveles técnico-medio-superior) aquel profesional que “domina la ciencia contable”?*

1.3. Los aciertos y desaciertos de la Academia en la comprensión del rol de Auditor-contable en el entorno judicial

En Chile destacan dos estudios elaborados por el académico Duce Julio (UDP, 2018a y 2018b). El primero de ellos, ampliamente divulgado, caratulado *Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate*³¹, y el segundo, ya citado, *Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema*. Estos estudios, especialmente el segundo, destacan lo siguiente:

- La tendencia de los sistemas de justicia penal de utilizar pruebas periciales de muy baja confiabilidad;
- Los abogados litigantes tienen baja capacidad para someter a un control intenso la calidad del trabajo de los peritos y sus declaraciones por vía de la ejecución de contraexámenes;

³⁰ Entremedio de estos dos episodios (preguntas y cambio de Comité), el 24 de febrero de 2022 el suscrito fue invitado a una reunión de Consejeros Regionales para referirse a la Comisión Peritaje Judicial Contable, Auditoría Forense y Compliance (COPEJAC), en cuya instancia se hizo un diagnóstico de la profesión y la justificación para la creación de dicha Comisión; como, asimismo, exponer de las oportunidades profesionales que brindaría una instancia como esta. Hasta la fecha ningún producto profesional ha visto la luz a tal iniciativa, debido a que el Comité Ejecutivo no ha aprobado los estatutos ni ha emitido la resolución que dé existencia gremial a la COPEJAC.

³¹ Duce, Mauricio (2018), “Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate”, *Ius et Praxis*, 24(2), pp. 223-262. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200223> [Último acceso: Febrero del 2025].

- *El producto del peritaje está estrechamente vinculado con la formación del perito y las condiciones que le han sido otorgadas para hacer este trabajo. El promedio del peritaje, entendiendo que hay excelentes peritos, es muy deficitario;*
- *El gran problema no es el dinero, ni los recursos, ni la tecnología. Su problema es metodológico, hacen todo a la chilena;*
- ...el nivel de formación y especialización de los expertos aparece como una variable relevante explicativa de los problemas de calidad que se identifican;
- ...los peritajes serían un problema derivado de defectos de tipo metodológico en su confección;
- ...los defectos en esta materia están en la poca o nula explicación que realizan los peritos en sus informes escritos o en las declaraciones que presentan en juicio acerca de los métodos utilizados para arribar a las conclusiones que exponen;
- ...falta de explicación de la metodología o, visto desde otra perspectiva, el énfasis en las conclusiones sin justificación adecuada de cómo se llegó a ellas.

En cuanto a la realidad extranjera, proliferan muchas obras de variada calidad y revistas que se han publicado acerca de la peritación judicial contable, pero son muy dispares en diagnósticos y, lo más sustancial, muy alejadas de la realidad procesal civil y penal. Son estudios más bien teórico-académicos o sustentados en propuestas metodológicas de personas que estarían apartadas de la realidad judicial, y cuyas propuestas no se ajustan a los principios procesales, subsumiendo sus conclusiones de manera genérica sin advertir los aspectos jurisdiccionales. Otros autores focalizan el esfuerzo hermenéutico contable hacia el procedimiento civil y haciendo extensivo sus razonamientos de “tasación” a las cuestiones del proceso penal (un grave error, a nuestro juicio).

A este respecto, existe un número de trabajos que erradamente justifican los Estándares de Auditoría como una metodología válida para la evacuación de los peritajes contables, que según veremos, dichos estándares son contrarios y limitados a las expectativas ventiladas, particularmente, en sede penal. A lo anterior se suma el hecho de que en esos entornos profesionales han entendido que los Estándares de Auditoría se han legitimado con un estándar de aceptación general para la evacuación de informes en sede penal, lo que solo alimenta la incertidumbre del perito en juicio. A saber, algunos de estos estudios:

- a. *Metodología y desarrollo de la auditoría forense en la detección del fraude contable en Colombia*, Ramírez y Reina³². Si bien este estudio reconoce elementos

³² Ramírez, Maricela y Reina, Johana, 2013, “Metodología y desarrollo de la auditoría forense en la detección del fraude contable en Colombia”, *Cuadernos de Administración*, Universidad del Valle, Colombia, vol. 29, Nº 50, p. 187, <http://www.scielo.org.co/pdf/cuadm/v29n50/v29n50a08.pdf> [Último acceso: Febrero del 2025].

comunes del sistema adversarial, que son vinculantes con el auditor, en la fase de la planeación se “reciclan” y recurre a las Normas Internacionales de Auditoría (NIAS) emitida por la Federación Internacional de Contadores (IFAC). A modo de ilustración se destaca de este trabajo académico (NB: Énfasis agregado):

- *Como lo estipulan las [NIAS] emitida por la [IFAC], el auditor debe planear la auditoría con una actitud de escepticismo profesional reconociendo que pueden existir circunstancias que causen que los estados financieros estén sustancialmente representados en forma errónea.*
- *Asimismo, estas normas señalan que el trabajo de auditoría debe ser técnicamente planeado para alcanzar los objetivos trazados en la forma más eficiente posible, así lo confirma la Norma Internacional de Auditoría 300 (IFAC, 2009). De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, “la parte que solicite un dictamen pericial determinará concretamente las cuestiones sobre las cuales debe versar, sin que sean admisibles puntos de derecho...”*
- **Se mezclan procedimientos jurisdiccionales sin los alcances respectivos: En cada una de estas etapas, las normas internacionales de auditoría, el Código Penal, el Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Penal y los lineamientos contables estipulados en la normatividad... son los referentes propicios para la obtención de la evidencia valedera como prueba pericial contable especializada ante los tribunales de la justicia.**

b. *El debido proceso y la cadena de custodia frente a las pruebas judiciales presentadas por el auditor forense*, Plazas *et al.*³³:

- ...el auditor forense es libre de practicar las pruebas necesarias que sustenten el proceso judicial, atendiendo al debido proceso y a los hechos controversiales, pruebas que son obtenidas conforme a las técnicas y herramientas de auditoría –tradicionales o especializadas– contempladas en las Normas Internacionales de Auditoría (NIA)...

Este estudio acierta en señalar sobre las *pruebas que son obtenidas conforme a las técnicas y herramientas de auditoría*, divorciándose de las NIAS como estándar guía. No es casualidad que este estudio fue escrito por contadores y un abogado. Sin embargo, cita algunas cuestiones –que no compartimos– del estudio de Ramírez y Reina *supra*.

³³ Plazas Estepas, Rodrigo; Hernández Aros, Ludivia y Flórez Guzmán, Mario (2016), “El debido proceso y la cadena de custodia frente a las pruebas judiciales presentadas por el auditor forense”, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Colombia, *Revista IUSTA*, N° 46, enero-junio de 2017, p. 59, <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3525/3424> [Último acceso: Febrero del 2025].

- c. *Auditoría Forense: Mediante orientaciones de los estándares internacionales NIIF/NIA's y del marco corporativo informe COSO ERM*, de Triana Rubio. Esta es una obra que su solo título deja de manifiesto la errada asociación de la Auditoría Forense con Estándares Contables, de Auditoría Financiera y la Gestión de Riesgos, muy lejos de la realidad procesal judicial, respecto de la metodología pericial contable. Por defecto y por historia, la Auditoría Forense se vincula a los aspectos penales, no siendo su esfera los aspectos de gestión de las empresas. Este trabajo académico no debería ser tomado en cuenta, porque no se publicó en una revista de investigación, ni en una editorial de prestigio³⁴.

Por último, un antiguo estudio de la Australian National University –pero no por ello del todo descartable– que fue conducido por Craig y Reddy³⁵ y caratulado *Assessments of the Expert Evidence of Accountants* [Evaluaciones de la Prueba Pericial de los contadores], reveló, en cuanto a la prueba pericial contable, que (NB: traducción libre del autor):

- ... los jueces consideraron que la evidencia contable era la más difícil de comprender. [...accounting evidence was regarded by judges as the most difficult for them to comprehend.]

También se destacó en el estudio:

- Un comentario recurrente fue que muchos jueces que escuchaban casos relacionados con la contabilidad tenían una comprensión extremadamente inadecuada de las problemáticas, principios y prácticas comerciales básicas. [A recurring comment was that many judges hearing accounting-related cases had a grossly inadequate understanding of basic commercial practices, principles and issues...]

Este último estudio coincide en muchos aspectos con el trabajo desarrollado por el profesor Duce Julio en el 2018, donde se refiere particularmente a que *los entrevistados* [entre ellos, jueces] *identifican algunos problemas, pero con frecuencias mucho más bajas de mención en temas, como, por ejemplo, las pericias contables*, donde se

³⁴ La editorial detrás de esta obra es Editorial Académica Española (EAE), una entidad muy cuestionada en el mundo académico. Véase “Editorial Depredadora (EAE): Alerta de corrupción académica”, <https://repository.urosario.edu.co/server/api/core/bitstreams/dbb2afc8-307d-4772-9c18-9b01cbadf477/content> [Último acceso: Febrero del 2025].

³⁵ Russell, Craig y Reddy, Prasuna (2004), “Assessments of The Expert Evidence of Accountants”, Australian National University, *Australian Accounting Review*, Melbourne, vol. 14, Nº Marzo 2004, <https://www.proquest.com/docview/217546502?sourcetype=Scholarly%20Journals> [Último acceso: Febrero del 2025].

reconoce que hay una falta de preparación de los propios jueces para comprender y aprovechar mejor este tipo de peritajes (NB: Énfasis agregado).

1.4. Como si fuera poco... el nuevo catálogo de los delitos económicos

A los aspectos y problemáticas procesales de la prueba pericial contable se suma la Ley Nº 21.595: 2023, que vino a complejizar aún más las cosas, al engrosar el catálogo de delitos económicos a un universo cercano a las 300 conductas punitivas, divididos en cuatro categorías, lo que conlleva el hecho de que la construcción de un informe pericial contable, de cargo o descargo, dependerá en gran medida de la calidad de los registros contables³⁶, especialmente en aquellos delitos reputados como “delitos informativos” que se derivan del artículo uno de esa ley, los llamados de la primera categoría. Asimismo, cualquier antecedente contable tendrá mayor o menor énfasis en la medida del tipo penal económico que se investigue, sea que estos importen un resultado por medio de un perjuicio económico (daños patrimoniales), con ánimo de lucro (aumentos de patrimonio) o importen de mera actividad (manipulación de registros contables).

Respecto de la crítica que observó la ECS en el 2017, tendríamos que preguntarnos cuánto se ha avanzado en la *formación en epistemología* desde ese entonces hasta la dictación de la Ley Nº 21.595: 2023, considerando que, sumado a los aspectos procesales, esta ley agrega la mayor aridez técnica de los delitos económicos, tanto en su tipología como en su dificultad de hermenéutica contable. En esto, la comprensión de los aspectos contables serán un *must* para fiscales, jueces y las policías. No se trata de solo pedir las cartolas bancarias, sino de cómo el lenguaje de los negocios habla: los registros contables. Podría perfectamente configurarse un delito económico sin distraerse ni un solo céntimo.

Cierto es que las universidades juegan un rol importante en ayudar a suplir los diferentes *déficits* procesales y técnicos de la prueba pericial, de hecho, prestigiosas casas de estudios están contribuyendo a ello; no obstante, el rol de la Academia Judicial de Chile no solo es importante, sino que es de carácter fundamental y esencial en la entrega de las competencias profesionales inherentes al quehacer judicial de la prueba contable. En este sentido, la detección de necesidades de capacitación que efectúa ese organismo es mediante la producción de estudios, encuestas e informes

³⁶ Haciendo eco de lo prescrito en el artículo 21 del Código Civil, “Registros Contables”, de acuerdo con la NAGA AU 500.5(a), se entienden *registros de asientos contables iniciales y documentación de soporte, tales como cheques y registros de transferencias electrónicas de fondos; facturas; contratos; libros principales y libros auxiliares; asientos en el libro diario y otros ajustes de los estados financieros que no se reflejen en asientos en el libro diario, y registros tales como hojas de trabajo y hojas de cálculo utilizadas para la imputación de costes, cálculos, conciliaciones e información a revelar.*

que permiten la adecuación de sus objetivos y contenidos curriculares, buscando una mejora efectiva en el desempeño de sus distintos escalafones³⁷.

En consecuencia, son los propios funcionarios y funcionarias del PJUD quienes deben manifestar sus necesidades de perfeccionamiento técnico, por lo que parece ser que aún no sería una prioridad para la Academia Judicial la oferta de cursos que se orienten a cubrir los aspectos contables que se desprenden de los distintos procesos judiciales, que ayuden al magisterio a comprender estas materias y lo traspasen en sus resoluciones; que por discurso natural llegarán al mundo de la litigación.

Ahora bien, en cuanto al desempeño de un perito judicial contable, podemos decir que este es de carácter especialísimo y excepcional en relación con otras especialidades periciales, ello porque, a diferencia de otras carreras de las Ciencias Económicas y Sociales, el rol del Contador Público-Auditor en el ejercicio de su función pericial lo hace ser una, sino la única, de las profesiones de mayor transversalidad en casi todas las sedes jurisdiccionales, sean administrativas o judiciales del país³⁸, desde donde sus informes se ofrecen o requieren, según corresponda la naturaleza de la controversia. En lo que a la sede penal concierne, y tal como ya se ha deslizado, la prueba pericial contable es un elemento que subyace a casi prácticamente todo delito económico. De ahí que se requiera por parte de los operadores judiciales del sistema procesal penal –fiscales, defensores y jueces– una mínima comprensión respecto de las cuestiones contables que son inherentes al proceso judicial, y ello no significa que valga un imperio recurrir a tener habilidades numéricas; la verdad, no se requieren, y allí puede existir un prejuicio mal fundado.

En concreto, el instrumento de prueba que acerca tanto a los profesionales de la contabilidad como a los que ejercen el derecho penal económico, sería sin lugar a duda la práctica de la peritación contable. Sin embargo, lo que pareciera ser una relación simbiótica, muchas veces no lo es en la práctica. Lo que se escucha de estos profesionales en los círculos académicos y judiciales, es una cierta desidia manifiesta, en ambos sentidos. Por un lado, como ya se ha advertido, se les reprocha a los contadores y auditores la poca capacidad para comprender temas jurídico-legales, con abulia ante las materias “humanistas” y la lectura con sentido crítico (salvo en aquellas materias de índole tributaria, que es donde abunda una creciente oferta y demanda por estos servicios); y en cuanto a los abogados³⁹, demuestran cierto desdén por entender la contabilidad, con desafectación a las cuestiones “numéricas”, por

³⁷ https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2023/01/INFORME_DNC_2023_25-enero-2024.pdf [Último acceso: Febrero del 2025].

³⁸ Llámese Tribunales Administrativos Especiales (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, TDLC; el Tribunal de Compras y Contratación Pública, TCCP; los Tribunales Medio Ambientales, TMA; el Tribunal de Propiedad Industrial, TPI; Tribunales Tributarios y Aduaneros, TTA), los Tribunales Civiles, los Tribunales Laborales, los Tribunales de Familia y los Tribunales en lo Penal (JDG, TOP).

³⁹ *Ibidem*, p. 35.

muy básicas que estas sean. Cada uno, por cierto, debería cubrir esos déficits en la justa medida, suficiente como para permitirles acotar esas brechas de conocimiento, que es la modesta contribución que pretende cubrir este documento.

No menos importante, y en conexión con la prueba pericial contable-penal, es el audaz aprovechamiento de un único informe pericial que transita de una a otra sede jurisdiccional, desatendiendo las realidades procesales y los Estándares de Prueba legal (o de Convicción) que encierran los procesos administrativos, civiles y penales⁴⁰. Es muy usual para algunos abogados de la plaza el ofrecimiento de un mismo informe pericial contable en dos procesos judiciales diferentes con disímiles Estándares de Convicción. Un caso ilustrativo es aquel informe pericial contable ofrecido en una jurisdicción de carácter penal (*Más allá de toda duda razonable*) y que posteriormente se presenta en una sede jurisdiccional laboral (*prueba clara y convincente*)⁴¹, o viceversa. Tal puede ser el caso, por ejemplo, de un proceso judicial incoado tras un despido de un gerente, invocando una falta grave en el cumplimiento de las obligaciones laborales (debido a la comisión de un fraude).

Dicho proceso judicial motiva la interposición de querrela criminal por la comisión de un delito de apropiación indebida en contra de ese gerente, la que luego resulta en una demanda laboral presentada por el imputado en contra de su empleador, por “vulneración de sus derechos fundamentales”. Aquí, respecto del trabajo pericial contable, no habría Estándar de Auditoría invocado por el perito que salve de los efectos adversos que podría significar para la prueba de cargo (del querellante) sobre lo consignado en su informe; bien porque el perito incorporó ciertos registros contables que probarían la “confesión” del imputado en la distracción de los dineros (por ej., recurriendo a la evidencia documental de auditoría, *vouchers* contables), calificando la conducta como de “delictiva”. Un hecho como este lesionaría el Principio de Presunción de Inocencia en sede penal; o bien porque ese perito al incorporar un historial comercial y financiero del círculo familiar cercano del demandante, en ese mismo informe (por ej., apelando a la búsqueda de información financiera y no financiera de personas con conocimiento dentro o fuera de la entidad), se lesionaría el Principio a la Intimidad y Proporcionalidad en sede laboral. La utilidad de un único informe contable no aseguraría la prueba pericial contable (hay jueces y fiscales astutos que podrían advertir esta “trampita”).

⁴⁰ Nino-Moris, Christian (2024), “La evacuación de un mismo Informe Pericial Contable que se ofrece en dos procesos judiciales, con diferentes estándares de prueba” (artículo inédito, aún sin publicar).

⁴¹ El Estándar de Convicción *prueba clara y convincente* no está formalmente reconocido en la Ley Laboral, pero se le reconoce como un estándar intermedio, entre lo Civil y Penal; claro está que es de una menor jerarquía que el establecido por el Derecho Procesal Penal. Sin embargo, la legislación chilena reconoce en ambas sedes –penal y laboral– la regla de valoración de la prueba de sana crítica.

En este sentido, a pesar de los 25 años que han transcurrido desde la implementación de la Reforma Procesal Penal, no existiría una cabal comprensión acerca del rol del perito judicial contable; no lo sería, incluso, del todo comprendido por los propios contadores, ni por un universo de hacedores de justicia, entendiendo estos últimos como los principales destinatarios del producto que ese perito evacúe. Es por ello que los contendientes deben observar que los juicios no solo se ganan por la labor de los abogados litigantes, sino también por la estatura de quienes apoyan o “auxilian” esa labor. Las credenciales de un perito judicial contable no solo se basan en los aspectos técnicos, sino en cómo ese profesional se identifica o es identificado en la arena judicial. De ahí que el grado de especialización, como en toda profesión, puede hacer la diferencia entre evacuar un apropiado informe pericial contable de uno que no lo es, y de quien se dedica 100% a esa labor, de quien no lo hace.

Todo lo antes dicho nos lleva a identificar algunas problemáticas metodológicas “clásicas” que se deben considerar –a nuestro juicio– al momento de valorar lo que en los informes periciales contables se consigna.

II. LA NOCIÓN DE FRAUDE Y LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA DEL PERITO

2.1. Fraude y la fijación de “Estándares de prueba” del perito contable

Existen diferentes estándares que están vinculados a la valoración de la prueba por parte del juzgador, en cuanto a su libertad para apreciar las distintas piezas de pruebas que se alleguen en un proceso judicial, donde la “sana crítica” se ha impuesto como una regla de valoración dominante a la hora de apreciar los informes de peritos ofrecidos por las partes (artículo 297 del CPP), sin antes sortear la valla de su idoneidad en juicio (artículo 316 del CPP).

Por otra parte, previo al proceso de esa valoración, encontramos el Principio de Libertad de Prueba que tienen los contendores respecto de los elementos de convicción para producir fe, pudiendo ser la introducción de un informe pericial (contable) al proceso (artículo 314 del CPP). Luego está aquel Estándar de Convicción, que se refiere al umbral de pertinencia a que los medios de prueba serán sometidos por el juzgador, y que será al momento de dictar la sentencia. Esto, para el caso de los procesos judiciales penales, será el de *más allá de toda duda razonable* [$p > 0,95$]⁴², que está consagrado en el artículo 340 del CPP. Luego, ¿tienen los peritos judiciales contables Estándares de prueba?

Empero, los estándares legales no deberían quedar solo adheridos a los hacedores de justicia (destinatarios naturales del Derecho), sino también se deberían

⁴² Diremos que un valor de p mayor a 0,95 indica que la probabilidad de obtener un valor similar al observado se considera alta si se repite el experimento en las mismas condiciones.

exigir a los peritos contables en cuanto a los baremos mínimos que estos deberían aplicar y observar en la evacuación de sus informes, muy especialmente, en sede penal; pero no en un sentido de cumplimiento de unos simples formalismos, sean que estén o vayan a estar fijados en la ley, o de cómo estos informes sean llamados al momento de ser ofrecidos (por ej., “Informe Técnico”, “Informe de Consultoría de Litigación”, “Informe de Auditoría Forense”, “Informe de Auditoría”, “Informe Meta-peritaje”, “Informe de Contraperitaje”, entre otros). Estos baremos más bien se deben comprender en un sentido *heurístico*, y que no es más ni menos el itinerario lógico inductivo o deductivo que utilizó ese perito para arribar a sus conclusiones y que le han permitido su convencimiento acerca de los hechos que ha debido apreciar en función de las piezas de pruebas analizadas (las *métricas* y la *didáctica*).

De ahí que en este punto debemos hablar también del “Estándar de prueba” que se ha fijado el perito judicial contable para responder a la función pública que el cargo le ha demandado, *i.e.*, si el perito ha advertido cómo su informe ha de ofrecerse, sea como prueba de cargo o como prueba de descargo (en el entendido que se ha superado la etapa intermedia).

Una primera aproximación al Estándar de prueba pericial dice relación con la concepción del *fraude* de cómo este ha quedado plasmado en el informe de ese perito, que ha sido llamado a apreciar los hechos en controversia. En efecto, esto supone que el perito, como ejercicio previo a la evacuación de su informe, debería efectuar la debida correlación de los elementos que han configurado un *fraude* para con los elementos del tipo que se pretende probar o desestimar en el proceso. En este estadio es importante que el perito identifique cuál(es) ha(n) de ser los elementos de su estándar probatorio, proporcionado preponderantemente por las piezas de prueba, que le permitan responder a lo que se ha querido ventilar en juicio.

Lo que queremos decir es que ha sido una constante observar en un número de informes periciales el análisis de distintas piezas de prueba y se lleven a cabo unas diligencias, pero partiendo de la base, sea por mera suposición o presunción, que el *fraude* a constatar es *per se* un hecho que entraña una conducta punitiva, convirtiendo a ese perito en un juzgador *de iure*, vulnerando los Derechos Fundamentales del imputado, siendo uno de ellos el consagrado en el artículo cuatro del CPP, que reza: *Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme* (NB: Énfasis agregado)⁴³.

⁴³ A propósito del Caso Fuente-Alba y el rol de los peritos oficiales de la PDI en esa causa, en una entrevista concedida al medio El Mostrador, la exfiscal Marisa Navarrete Novoa señaló que *los peritos sin perjuicio de que debieran ser independientes... en el sentido de hacer su peritaje en forma objetiva, no lo son, sino que van por la línea que le establece la Fiscalía y eso me parece gravísimo. El hecho de que sea perito... lo primero que tiene que deberse un perito es a su experticia, a [su] ciencia, a [su] profesión. Si en [su] profesión [se establece] que hay o no ciertas circunstancias... así [tendría] que decirlo, aunque no le guste a la Fiscalía; pero, lamentablemente, vemos que los*

No obstante, parece ser que, en la labor de evacuar los informes periciales, u otros informes técnico-contables ofrecidos como medios de prueba, se prescinde de la idea del establecimiento de los *presupuestos fácticos* que han guiado la preparación de esos informes, los que deberían trascender en la elaboración de sus conclusiones. Ante ese problema expuesto, el perito contable puede considerar dos caminos. El primero, señalar en esos *presupuestos fácticos* –como uno de los tantos supuestos– la naturaleza del *fraude* como su estándar-guía, que le permitan conciliar las expectativas del que encarga su trabajo, con apego y respeto a las garantías constitucionales del imputado. Segundo, si se prescinde de lo anterior, lo más prudente sería referirse en su informe a “irregularidades” o a “hechos potencialmente punibles”.

De ahí la importancia de cómo el perito judicial contable comprende la responsabilidad de su rol cuando se ha abierto una investigación por delitos económicos, porque no basta, según veremos *infra*, su formación técnica-contable, sino cómo responde con su metodología de trabajo a los elementos del tipo penal que ha sido llamado a probar o desestimar (que no tiene por qué siempre exponerse de manera explícita en un papel). Asimismo, no basta la mera concepción de *fraude*, ni el mero juicio profesional para su dimensión material, porque según veremos, *fraude* en el plano de la práctica de la Auditoría tradicional no siempre satisface los elementos (objetivos y subjetivos) del tipo que se encuentran embebidos en los diversos delitos económicos, tanto en el Derecho Penal nuclear como en el Penal Especial, según corresponda.

Siguiendo, el Estándar de prueba exigido a un auditor (en su rol de perito judicial contable), con cierta especialización en la investigación de fraudes, supone, inicialmente como punto de partida, verificar la existencia del llamado *predicamento* o el también llamado “Estándar de la Causa Probable”, que ha de motivar un proceso indagatorio (mandatado por la parte que lo contrata o de la entidad que instruye la diligencia pericial), que puede estar generado por una primera evaluación del proceso de gestión de riesgos de fraudes desde dentro de una entidad, o por la activación de los protocolos (de existir) que dan inicio a una investigación interna corporativa (normas de *Compliance* penal fijados por la empresa).

Sin que sea el objeto de nuestro estudio y solo con la idea de clarificar su comprensión, dedicaremos algunas líneas a explicar qué conlleva la fijación del “Estándar de la Causa Probable” en la práctica de investigación de fraudes. Dicho estándar, llamado también *predicamento*, es una palabra elegante para justificar lo que se está haciendo⁴⁴. De acuerdo con la Association of Certified Fraud Examiners (ACFE), predicamento es la totalidad de las circunstancias que llevarían a una persona

peritos lo que hacen es darle siempre la razón al Ministerio Público... (El Mostrador, 15 de mayo de 2024).

⁴⁴ CARROZA, DICK citando a GILL, JOHN D. (2020), “Predication or Not”, *Fraud Magazine*, Association of Certified Fraud Examiners, vol. 35 Nº 6.

*razonable, con formación profesional y prudente, a creer que ha ocurrido, se está produciendo o se producirá un fraude. El predicamento es la base sobre la cual se da inicio a una investigación. La investigación de un potencial fraude (irregularidad) no debe llevarse a cabo sin el predicamento adecuado*⁴⁵.

A este respecto, el American Institute of Certified Public Accountants (AICPA) ha sido la entidad que mejor ha interpretado la aplicación del *predicamento* dentro de la profesión contable. El año 2007, el AICPA emitió una Guía llamada *Forensic accounting-fraud investigations. Practice AID 07-1* (actualizándose en el transcurso de los años), donde se estableció un número de buenas prácticas para llevar a cabo investigaciones de fraude, considerando que ese organismo al no estar orientado a la investigación de fraudes, sino a prácticas más vinculadas a la Contabilidad y a la Auditoría, debió formular guías orientadoras para un sector de la profesión que sí se vinculaba a prácticas o procedimientos forenses.

La *Practice AID 07-1* advierte de ciertas precauciones que se deben observar a la hora de iniciar una investigación de fraude, y que por defecto tiene un impacto en la evacuación de un informe técnico, como lo podría ser un informe pericial contable. Esta Guía destaca dos importantes aspectos⁴⁶. El primero de ellos es que el auditor con formación forense, al comienzo de su investigación debe tener el *suficiente predicamento de fraude*, cuyo objetivo es el de proteger a ese investigador de las posibles denuncias o acusaciones de terceros de que intente esgrimir daños reputacionales causados por su investigación⁴⁷. Cuando la *Practice AID 07-1* habla de *suficiente predicamento de fraude* se está refiriendo a la “justificación objetiva” o “sospecha fundamentada” que motiva el activar un proceso investigativo interno, con las implicancias que de él se deriven en el marco de la protección de los derechos fundamentales de las personas.

Este primer ejercicio metodológico no se encuentra en ninguno de los Estándares de Auditoría de carácter corporativo, porque la ejecución de una auditoría parte de

Acceso pagado: <https://www.acfe.com/fraud-magazine/all-issues/issue/article?s=2020-novdec-predication-fraud-examination> [Último acceso: Febrero del 2025].

⁴⁵ El Predicamento se conecta con la “Regla del Hombre Prudente”, que es parte de los aspectos deontológicos del contador, como a su vez, del Derecho, entendida como aquel “estándar de conducta”.

⁴⁶ AICPA, *Op. cit.*, 2007, p. 13.

⁴⁷ Existe un caso mediático en Chile que da cuenta del daño reputacional ocasionado por un ex funcionario público. Se trató de un ex perito oficial del Estado de las filas de la PDI-Lacrim. Se trató del Caso Fundación Oscar y Elsa Braun. Los querellantes de esta Fundación denunciaron ante el Director de Investigaciones “conductas irregulares” del LACRIM en el peritaje sobre los manejos de dineros de la Fundación Braun. El sumario administrativo de la PDI concluyó con la expulsión del exjefe PDI-Lacrim de la institución, en abril de 2009. La expulsión del funcionario de la PDI dio pie para que la Fundación Braun y el Consejo de Defensa del Estado presentaran una querrela ante la Fiscalía contra este, por el delito de “falsedad en un peritaje procesal”. El ex perito Lacrim fue condenado el año 2011, por “falsificar las conclusiones de un peritaje contable”.

la premisa (basada en la buena fe de los actos) de que los encargados del gobierno corporativo de la entidad reconocen que son responsables de que: (i) los estados financieros se preparen en conformidad con un marco de preparación y presentación de información financiera, siguiendo alguno de los Principios Contables (NIIF, NICSP o PCGA⁴⁸), (ii) el control interno fijado por la Administración permita la preparación de estados financieros exentos de representación incorrecta material, debido a fraude o error, y (iii) se proporciona al auditor el acceso a toda la información de la que tenga conocimiento la Administración, tales como registros, documentación y otro material; información adicional que pueda solicitar el auditor a la Administración, y acceso ilimitado a las personas de la entidad de las cuales el auditor considere necesario obtener evidencia de auditoría, es decir, prueba directa, más no indiciaria.

Por consiguiente, un auditor no tiene como fin la investigación de fraudes.

Un segundo aspecto y conectado con el anterior, es que el *predicamento* de la investigación, que nace de los antecedentes de la víctima (la persona afectada), debe describir la naturaleza y los indicios que respaldan el supuesto o presunto fraude. A medida que se avanza en el encargo, es probable que se encuentren nuevos indicios de fraude, que podrían modificar alcance del trabajo original. Cualquiera sea el escenario enfrentado por el perito contable (o el auditor forense), se deben consignar por escrito las circunstancias que han motivado iniciar un trabajo investigativo, por cuanto es altamente probable que los resultados de este vayan a ventilarse en una sede penal, según el mérito de los antecedentes que obren en poder del especialista forense.

Asimismo, el *predicamento* investigativo podría emerger de dos vertientes que permitirían justificar su fijación. Fundada en una simple “sospecha de fraude”, y la otra referida a una “afirmación del fraude”. El *predicamento* existente bajo la primera fuente debe sustentarse en cómo la entidad afectada ha observado los eventos que le hacen suponer la existencia de un *fraude*, o como también pueda ser acerca de algún antecedente que ha llegado a ella y que sugieren que un *fraude* se está produciendo o se ha producido. El caso más emblemático en estos casos es, por ejemplo, cuando se observa el estilo de vida de los empleados, sin encontrar una explicación racional entre lo que poseen y los ingresos que generan.

La otra vertiente es cuando el fraude ya se ha documentado (“afirmación del fraude”) de alguna forma al interior de la entidad afectada, como resultado de una activación de un protocolo de investigación interna. El ente afectado puede tener indicios concretos de la comisión de un fraude porque se han activado los protocolos de *compliance*, como podrían ser los antecedentes recopilados por medio del “canal de denuncia” (*hotline*), donde el área correspondiente informa acerca de la naturaleza de la irregularidad detectada, las personas involucradas, el método del

⁴⁸ NIIF (IFRS): Normas Internacionales de Información Financiera; NICSP: Normas Contables del Sector Público; PCGA: Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, según leyes especiales.

esquema de fraude y los potenciales perjuicios ocasionados. De ahí en adelante lo ve el especialista contratado.

Por consiguiente, se debe fundamentar que el *predicamento* (por el auditor y según los antecedentes que lo motivan) tenga el mérito pertinente como para iniciar un trabajo indagatorio, el que se sustenta en la verificación de los hechos que han afectado el patrimonio de la víctima, más específicamente, sus intereses patrimoniales, los que no deben fundarse en simples supuestos o en meras especulaciones o arbitrariedades. Analógicamente, es como el ejercicio similar que hace la Fiscalía sobre el grado de “admisibilidad” que le da a una denuncia respecto de un delito.

Un tercer aspecto, en observancia nuestra, es que en la práctica pericial contable debiese considerarse la fijación de Estándares de prueba por parte del perito contable. Estos estándares se configurarían desde al menos cuatro vías, presentes en casi todos los encargos periciales contables:

- (a) Lo encomendado por la parte (*i.e.*, el cliente), considerando la comprensión de los hechos materia del litigio;
- (b) Lo que pueda desprenderse de las piezas de prueba aportadas en el proceso por las partes o lo que el perito identifique dentro de la competencia de su cargo (*i.e.*, registros originales validados por algún servicio público o lo que diga la propia ley);
- (c) Lo que digan las normas fijadas por la profesión contable del perito, si el caso debe referirse acerca de la aplicación de unos criterios contables en disputa que denoten la comisión de un delito (problemática que puede estar antecedida por la comprensión de contabilidad mercantil versus la contabilidad tributaria pertinente al caso);
- (d) Una combinación de las anteriores, pero donde sea claramente identificable la cuestión a peritar.

Por consiguiente, no toda conducta reprochable es un *delito* y es de temerse que aquí es donde hay notables diferencias en cómo un informe pericial es comprendido tanto por el abogado, que lo aprovecha u ofrece, como por el profesional perito contable que lo prepara y presenta. Si el profesional auditor no comprende los elementos típicos que hay detrás de los delitos económicos (subjetivos y objetivos) es altamente probable que su *inquiring mind* (mentalidad cuestionadora) y los procedimientos aplicables en su trabajo, no recojan o no respondan adecuadamente lo que se intenta probar y, junto con ello, se configuraría una falta de conexión con el bien jurídico protegido y los elementos contables de prueba.

2.2. Fraude y la inidoneidad de los Estándares de Auditoría:

Una primera aproximación

No todo fraude es un delito. El *fraude*, o mejor dicho el *fenómeno del fraude*, se ha estudiado desde diversas disciplinas dentro de las Ciencias Sociales y del Comportamiento Humano, tales como la Criminología, la Política Criminal, la Sociología, la Psicología y, evidentemente, desde el propio Derecho Penal nuclear. Incluso, desde la academia se escucha y ha escrito en torno al “fraude científico”, destacando la figura del “plagio académico”⁴⁹ como la práctica antiética más palmaria entre los estudiosos, que ha dado cuenta de un número de obras publicadas, pero que en Chile no es un fenómeno que amerite una atención activa hacia la investigación criminal por parte de la Fiscalía, salvo en aquellos casos referidos a la comisión de delitos contra la propiedad intelectual, como son la falsificación de marcas y la piratería de obras protegidas por el Derecho de Autor⁵⁰. Por consiguiente, el Derecho asimismo ha dedicado décadas al estudio del “fraude civil”, al “fraude de ley”⁵¹ y otras figuras asociadas a los procesos judiciales, como la institución del “fraude procesal”⁵², que, por cierto, son cuestiones que escapan a nuestra temática de estudio.

Sin embargo, en el ejercicio de la profesión en el mundo privado, el auditor se ve enfrentado a múltiples definiciones que ofrecen los distintos Estándares de Auditoría respecto de la cuestión del *fraude*, que existen para los distintos roles del auditor, como ser auditores internos (de las empresas), auditores externos (consultores independientes), auditores de sistemas de la información, auditores de gestión, entre otros, los que, en todo caso, están dirigidos por antonomasia para entornos no judiciales. Estas definiciones son para cubrir las necesidades del mundo corporativo y de los reguladores del Mercado Financiero. He aquí el meollo del asunto.

Una muestra palpable de lo anterior y que influye en la mente del auditor, es la falsa convicción de creer que la sustracción no autorizada de un bien mueble (activo) por parte de un empleado, por ejemplo, configuraría la comisión de un “delito de apropiación indebida”, dejando a la deriva muchas circunstancias y elementos que un abogado penalista y un auditor forense no deberían dejar pasar. Ello no hace sino confirmar la presencia de falacias lógicas en el juicio profesional adoptado por ese auditor, lo que evidencia que algo que en principio parece como correcto, no lo es. Esto se plasmaría erróneamente, por tanto, en lo que en su informe pericial

⁴⁹ Centro de Información Tecnológica (2008). “Plagio académico, ¿Robo y Fraude?”, En Síntesis. *Revista Información Tecnológica*, Chile, vol. 19, N° 4.

⁵⁰ Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI), (2018). Delitos, “Conductas Infractoras del Derecho de Autor y los Derechos Conexos”, <https://www.inapi.cl/protege-tu-idea/delitos> [Último acceso: Febrero del 2025].

⁵¹ Real Academia Española (RAE), 2022. *Diccionario de la Lengua Española*, versión 23.5 en línea, <https://dpej.rae.es/lema/fraude-de-ley> [Último acceso: Febrero del 2025].

⁵² *Idem*, <https://dpej.rae.es/lema/estafa-procesal> [Último acceso: Febrero del 2025].

intentará demostrar, o que ha de corregir el letrado. Casos como estos ya forman parte de nuestra jurisprudencia judicial⁵³.

No se trata de un juicio profesional “mal aplicado”, no porque el auditor se ciegue a creer lo que percibe, sino porque los Estándares de Auditoría limitan a ese auditor a escalar hacia una completitud comprensiva del tipo penal. En efecto, una norma en particular de esos estándares señala categóricamente –la Sección AU 240.3– que *[a]unque el auditor puede tener indicios o, en casos excepcionales, identificar la existencia de fraude, el auditor no determina si se ha producido efectivamente un fraude desde un punto de vista legal* (NB: Énfasis agregado). Sin embargo, no siempre los auditores observan con diligencia y cuidado las limitaciones que imponen esos mismos estándares, excediéndose en sus prerrogativas al punto que son calificantes de imputaciones *de iure*.

Ahora bien, cuando el estándar está aludiendo a la expresión *un fraude desde un punto de vista legal*, no es más que otra forma de referirse a una mirada desde el delito. En ese mismo orden de ideas, la Sección AU 200.A49 establece que, *[u]na auditoría no es una investigación oficial de supuestas irregularidades*⁵⁴ (NB: Énfasis agregado). Nuevamente, aquí se establece un apartamiento de los Estándares de Auditoría hacia las cuestiones legales, y que queda confirmado en su objetivo principal, cual es la de expresar *una opinión sobre si los estados financieros han sido preparados, en todos los aspectos materiales, de conformidad con un marco de información financiera aplicable*, según lo indica la Sección AU 200.3.

En buen español, lo que trata de decirnos esta norma es que el auditor emite su opinión (el Dictamen de Auditoría) respecto de las anotaciones y registros contables que se han efectuado siguiendo un Marco de Preparación de la Información Financiera. Esto último, entendido como el Estándar Objetivo que será el baremo por el cual el auditor podrá detectar si existen desviaciones “razonables” –más no absolutas– de que los estados contables (o también llamados “Estados Financieros”) estén libres de errores significativos (materiales, relevantes) que puedan alterar la opinión de ese auditor. Esto último es la tarea que año a año deben hacer las empresas obligadas a auditar sus Estados Financieros, que la ley ha calificado de “sociedades anónimas abiertas y especiales”, y muy especialmente, aquellas que son fiscalizadas por el regulador financiero (por ej., Comisión para el Mercado Financiero, CMF), quienes

⁵³ En Causa RUC 16006152110-8), llevada por el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, respecto del Informe de Auditoría la sentencia dio cuenta de que producto de los actos realizados por los imputados, estos “defraudaron, apropiaron y distrajerón un total de \$134.295.529.-” en perjuicio de una compañía de seguros. La sentencia, sin embargo, señaló que, “en concepto del Ministerio Público estos hechos constituyen el delito de estafa del artículo 468, ambos en relación con el artículo 467 inciso final del Código Penal. Delito que se encuentra en grado de desarrollo consumado, y en carácter de reiterado”.

⁵⁴ En otras versiones en español se encuentran frases tales como “actos ilegales”, “actos indebidos”.

además forman parte del listado de “Grandes Contribuyentes” que lleva el Servicio de Impuestos Internos (SII).

No obstante, con cierta desilusión hay que decir que, tanto el regular financiero como los fiscales y jueces han entendido que los auditores externos serían responsables de la investigación de fraudes, cuestión que como hemos visto, no tienen como objetivo llevar a cabo esa labor por la naturaleza de las normas que los rigen (mas, sí de detectarlos, pero enfrentando ciertas limitaciones). Por ejemplo, haciendo eco de su mandato fiscalizador, la ex Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) no acogió los argumentos esgrimidos por la empresa auditora PwC, respecto de su responsabilidad en el bullado Caso La Polar en el 2011, donde ciertamente se habían dado por acreditados ciertos incumplimientos a los Estándares de Auditoría, pero no recogieron las limitantes que estos imponen al constatarse un fraude de su cliente mandante. Lo cierto es que la justicia chilena ha entregado ya sus veredictos y sentencias en sede Civil y Penal, estemos o no de acuerdo.

Distorsiona aún más esta realidad la creencia instalada entre un número de peritos judiciales contables de la errada legitimización de los Estándares de Auditoría como un vehículo “metodológico” válido para ser utilizado en la evacuación de los informes periciales contables, particularmente en sede penal, entendido como un “Estándar de Prueba Pericial”, lo que, a juicio nuestro, esto sería de una tremenda tergiversación, que solo deja en evidencia la desconexión de ese perito con el entorno judicial y las reglas de funcionamiento del debido proceso, según todo lo ya expuesto *supra*.

A pesar de la existencia de estos estándares profesionales, el estudio de las materias referidas al *fraude* –que deberían formar parte de manera permanente del Currículo formativo del Contador Público-Auditor– se ha quedado relegado a miradas muy vagas y genéricas, cuyos planes de estudio no cubren ni la naturaleza ni taxonomía de este, salvo contadas excepciones al respecto, como lo es abordarlas en los proyectos de investigación del alumno egresado, cubrirlas en algún programa o módulo de especialidad de posgrado, o las ideas que pretende este trabajo académico, en particular, transmitir. Tampoco las Escuelas de Derecho tienen el apetito de explorar estas cuestiones, lo que, de dar ese paso, potenciaría notablemente la labor de los penalistas a otra escala. A propósito de la Ley N° 21.595:2023, se debiesen dictar materias afines a los delitos económicos y a la cuestión contable. Esta ley ya lo está exigiendo a gritos (¿quién tomará el guante?).

III. INIDONEIDAD Y LIMITANTES DE LOS ESTÁNDARES DE AUDITORÍA COMO VEHÍCULO METODOLÓGICO EN ENCARGOS FORENSES (JUDICIALES)

3.1. La Epistemología y los Postulados de Auditoría

Una cuestión que se ignora por completo en discusiones como las de marras, es que se abandonan las bases fundamentales del conocimiento científico en las que se sustentan los Estándares de Auditoría. *Back to basics* es una expresión que, en palabras de los angloparlantes, significa *volver a las cosas simples y más importantes*. Retrocedamos unos cuantos lustros para justificar algunos aspectos básicos pertinentes a nuestra discusión.

La evolución de los Estándares de Auditoría ha estado marcada por tres grandes hitos en la era moderna. El primero, por las revoluciones industriales acaecidas entre 1820 y 1914; el segundo, por el fenómeno de la globalización manifestado con fuerza en la década de los 80 y 90, y el tercero, por una serie sostenida de escándalos contables y de corrupción que tuvieron lugar en los Estados Unidos desde principios de los 70 hasta comienzos de la década del 2000. En ese lapso destacaron el caso Watergate (1972-1974) y el bullado caso Enron (2001). Como resultado de estos episodios, tres grandes cuerpos normativos comenzaron a permear e influir con notoriedad tanto en el medio local chileno como en el resto del mundo, con diferentes ritmos de penetración y énfasis. Estos fueron la Foreign Corrupt Practices Act [FCPA] (1973), el Treadway Commission Report [COSO] (1987 y 1992) y la Sarbanes-Oxley Act [SOX] (2002). Cada uno de estos documentos no solo tuvo impacto en los Estándares de Auditoría (creando nuevas secciones), sino también en la legislación de los países en materia de probidad y gobiernos corporativos.

Chile adoptó sus primeros Estándares de Auditoría en marzo de 1974, con la dictación del Boletín Técnico número 2, el que fue por algunas décadas recogiendo gradualmente las normas estadounidenses. Hoy, nuestro país sigue las Normas Internacionales de Auditoría (NIAS), que la profesión conoce como se ha dicho (NAGAS).

Sin embargo, los Estándares de Auditoría se sustentan en un número de postulados epistémicos que se han ido ajustando de acuerdo con la realidad social, empresarial y legislativa de los negocios (“principios consuetudinarios”). Así, los primeros postulados de la profesión del auditor, que dieron forma a muchas de las actuales normas, nunca consideraron que el resultado de su trabajo iba el de ser para exponerse en algún tribunal del mundo; salvo a otros entornos, pero distintos a la forma de un informe pericial forense. Prácticamente casi todos esos postulados subyacen a muchos de los Estándares de Auditoría vigentes hasta nuestros días.

Los postulados que guían la labor de un auditor de cuentas contables fueron gracias al trabajo de los investigadores británicos Thomas Alexander Lee (1993) y

David Flint (1988), y los profesores Robert Kuhn Mautz junto con Hussein Amer Sharaf (de Estados Unidos y Egipto, respectivamente, 1961 y ss.)⁵⁵; todos ellos establecieron las bases y principios rectores de la auditoría moderna. Ellos implementaron el método teleológico de interpretación que justifica la existencia de esos estándares y sus razones epistemológicas.

Con esta mínima referencia, para los propósitos prácticos de nuestro trabajo solo destacaremos el trabajo de Mautz y Sharaf. Estos autores establecieron ocho postulados para el ejercicio de la auditoría, los que establecen las bases del trabajo del auditor (más no de un perito contable, como se explicará):

1. Los estados financieros y los datos financieros son verificables.
2. No existe necesariamente un conflicto de interés entre el auditor y la Administración de la empresa auditada.
3. Los estados financieros y otra información presentada para su verificación están libres de irregularidades de colusión y otras inusuales irregularidades.
4. La existencia de un sistema satisfactorio de control interno elimina la probabilidad de irregularidades.
5. La aplicación consistente de unos Principios de Contabilidad de general aceptación permite una presentación justa de la posición financiera y los resultados de las operaciones.
6. A falta de evidencia clara contradictoria, lo que ha sido cierto en el pasado para la entidad que se está examinando, lo será en el futuro.
7. Al examinar datos financieros con el fin de expresar una opinión independiente acerca de los mismos, el auditor actúa exclusivamente en esa condición.
8. La condición profesional de un auditor independiente impone obligaciones profesionales acordes con esa función.

Por la relevancia de nuestro estudio y por su pertinencia, explicaremos y resumiremos solo tres de ellos, los que nos permitirán demostrar por qué un perito contable no debería depender de los Estándares de Auditoría para llevar a cabo su proceso heurístico (*i.e.* la apreciación sustentada de los hechos basada en su conocimiento y experticia, apoyado en una metodología de trabajo).

Respecto del postulado tres –*la ausencia de irregularidades colusivas e inusuales*–, si partimos del supuesto de que los datos bajo examen incluyesen irregularidades resultantes de una colusión u otra irregularidad de una inusual naturaleza, se tendrían que diseñar programas de auditorías mucho más allá de lo que pretenden los actuales Estándares de Auditoría. Se rompería la relación costo-beneficio. Caso contrario, nos

⁵⁵ Thomas Alexander Lee (1993): *Corporate Audit Theory*; DAVID FLINT (1988): *Philosophy and Principles of Auditing*; Robert Kuhn Mautz y Hussein Amer Sharaf (1961): *The Philosophy of Auditing*.

obligaría a preguntarnos si existe algún tipo de examen que pudiese diseñarse de tal forma que nos diera una garantía razonable para el “descubrimiento” de “todas” esas irregularidades. No obstante, si, por ejemplo, una irregularidad causada por un acto colusivo, evidente a los ojos de un auditor prudente, se presumiría que su descubrimiento no debería ser una dificultad para este, si se han aplicado las pruebas sustantivas correspondientes; en caso contrario, el auditor no debería ser “perdonado” de haber efectuado un examen deficiente como para no detectar esa irregularidad.

Por tanto, este postulado nos lleva directamente a la cuestión del deber de cuidado que conlleva una auditoría, cuya razón de ser del auditor no es “perseguir irregularidades”. Luego, ¿qué llevaría, entonces, a un perito tener un afán por “investigar fraudes” amparado supuestamente en los Estándares de Auditoría, si el postulado parte del presupuesto que no hay irregularidades que preocupen al auditor, sino respecto de la “aplicación razonable” de esos estándares que recaen en su objeto de estudio (por ej., una cuenta, una transacción y, por supuesto, los estados contables)? Ahora bien, no hay que desconocer el hecho de que un auditor sí puede verse enfrentado al descubrimiento de un fraude, por esta razón es que se ha emitido la Sección AU 240, para servir de “semáforo” en el actuar del auditor, cuyo único objetivo de esa norma es la de advertirle cómo ampliar sus procedimientos de auditoría, de manera de tomar una decisión respecto del desarrollo del encargo (seguir o abandonar) o cómo impactará en su dictamen (favorable, desfavorable, con salvedades o sin salvedades, o abstenerse). Un perito contable no llega a ese ejercicio de juicio profesional; este se debe a su encargo, con prescindencia del resultado.

En cuanto al postulado cuatro –*el control interno “elimina” la probabilidad de irregularidades*–, casi toda la literatura técnica de la práctica de la auditoría señala expresamente que el alcance de un programa de auditoría dependerá, en gran medida, del entorno de control interno imperante del auditado. Esta idea se basa en la presunción de que la existencia de un buen sistema de control interno “elimina” la probabilidad de irregularidades, mas no su posibilidad, porque el riesgo siempre estará presente; más bien no se elimina, sino que se “mitiga”. Asimismo, nótese que lo que se elimina es la “probabilidad de ocurrencia de irregularidades”, no las irregularidades en sí. Además, si el control interno no es satisfactorio, entonces los errores e irregularidades se deben considerar algo más que simplemente posibles, de manera de ampliar los procedimientos de auditoría.

Por consiguiente, ¿debería a un perito llevarlo a “suponer” que la existencia de un control interno lo suficientemente robusto en una entidad le conceda la “atenuación” de su escepticismo profesional, producto de la comisión de un fraude interno, que lo lleve a un convencimiento tal que no ameritaría ponderar la gravedad de los hechos como para no efectuar procedimientos de auditoría más profundos, que en último caso sus conclusiones terminarían amparadas en “falsos negativos”? *A contrario sensu*, ¿una ausencia de controles internos, que conducen a la comisión de un fraude, permite concluir que los aspectos “oportunistísimos” confluyeron a su consumación,

que derivarían sus conclusiones a sustentarlas en “falsos positivos”? De verdad, esta lógica no se cumple en el actuar pericial; el depender de los Estándares de Auditoría supone aceptar implícitamente esta realidad en su metodología de trabajo, que se contrapone con la realidad procesal litigiosa (casuística). Más bien instalaría en la mente del perito “sesgos cognitivos”, que afectarían su imparcialidad, que se verían plasmados en su informe en forma de “falacias no formales”.

Por último, en relación con el tercer postulado en discusión –*lo que se mantuvo en el pasado se mantendrá en el futuro*– sostiene que si el auditor ha constatado que lo que ha sido cierto en el pasado lo sigue siendo en el futuro, no tendría argumentos como para aceptar o rechazar las políticas acerca de la valoración de ciertas cuentas contables, o incluso la idoneidad de los controles internos. Este postulado proporciona una guía al auditor en la realización de su trabajo para la debida verificación de los hechos económicos, constituyendo una suerte de protección contra los cambios económicos y empresariales imprevisibles en el momento de aplicar sus técnicas y procedimientos de auditoría.

Por tanto, como cualquier otro de los postulados, su liberación (desaplicación) haría que la auditoría fuese improbable, si no imposible. La aceptación de este postulado, en cierto modo, pone límites importantes al alcance de las responsabilidades de un auditor y proporciona una base para deducir el alcance de su obligación de hacer pronósticos hacia el futuro y hacer que su trabajo también sea juzgado sobre la base de la retrospección de ciertos hechos sometidos a su examinación. Es decir, el auditor se encuentra en un punto medio del tiempo, libre de especulaciones.

En estas circunstancias, ¿un perito debiese poner foco en los patrones de comportamientos que en un determinado periodo se evidencian, como para concluir, sobre la base de la aplicación de los principios contables, que las operaciones se ajustan a la norma usada como baremo de cumplimiento o de incumplimiento? Seguir un camino como este atentaría contra la hermenéutica contable, que es la que permite al perito apreciar los hechos a partir de las máximas de la experiencia, no subordinada a la naturaleza de un determinado estándar. ¿Qué sucede si lo que aprecia colisiona con esos estándares?, ¿se abstendrá el perito de apreciar los hechos? Las nubes que provienen del norte, en la época estival, no nos dicen que se avecinan “truenos y relámpagos” (hay otras variables que nos pueden obligar a concluir algo diferente a lo que pareciera ser algo evidente *prima facie*).

En la jurisprudencia anglosajona hay un interesante caso que deja muy clara la diferencia entre “interpretar una norma técnica contable” y la “interpretación de un conjunto dado de hechos que implique un juicio profesional de esa norma”, esto último es justamente a lo que un perito contable está llamado a hacer en estrados. Si bien el caso se circunscribe en una causa tributaria (proceso civil), los argumentos de fondo que el tribunal expide serían perfectamente válidos en cualquier sede jurisdiccional en que el perito contable debe prestar su testimonio.

El caso se trató de una disputa entre Ball UK Holdings *vs.* HMRC [2017] UKFTT 457⁵⁶, cuya trama dice relación con la desacreditación de ciertas suposiciones respecto del enfoque adoptado tanto por la autoridad tributaria (HMRC) como por el Tribunal de primera instancia. El tribunal arguyó también que el hecho de que un enfoque haya sido aceptado por una de las 4 grandes firmas auditoras del mundo (las llamadas “Big 4”), o incluso si es apoyado por todas ellas, no es suficiente. En lugar de basarse simplemente en los manuales de las “Big 4”, el Tribunal buscaba claramente pruebas analíticas que justificaran la interpretación adoptada, principalmente, por referencia a las palabras de las normas pertinentes, apoyadas por el contexto, *el espíritu y la finalidad de las normas y la base de las conclusiones*. La prueba pericial de HMRC fue aceptada porque este fue el enfoque adoptado por su perito.

El Tribunal estuvo mucho más interesado en un análisis claro y lógico de las propias normas. La calidad del análisis presentado por un perito contable sería crucial en la contención.

En el curso del juicio, el recurrente alegó que, al preparar las cuentas conformes con los Principios Contables, un contribuyente simplemente tiene que adoptar una interpretación razonable de las normas contables, por lo que toda interpretación razonable se ajustaría a esos Principios. No obstante, el Tribunal discrepó de ese razonamiento. Estableció una distinción entre la interpretación de una norma, que debe hacerse correctamente, y la aplicación de dicha interpretación a un determinado conjunto de hechos, que implica un juicio y, por tanto, permita varios enfoques razonables.

El Tribunal sostuvo que, en la práctica, puede haber dudas acerca de la interpretación correcta de una norma determinada. En ese caso, la labor del perito consistiría en dar su opinión pericial al Tribunal respecto de las ventajas de cada interpretación posible. A continuación, corresponde al Tribunal decidir, sopesando las probabilidades, cuál o cuáles de esas interpretaciones son correctas, no bastando con que un perito se limite a decir si una determinada interpretación sea razonable o no: una interpretación razonable puede no ser correcta según la preponderancia de la prueba. El punto es que el perito deba explicar por qué considera que su interpretación es correcta.

¿Qué conclusiones útiles se obtendrían de este caso real?:

- Los asesores tributarios no deben dar por establecido que el asesoramiento contable de una de las “Big 4” no pueda ser cuestionado por la autoridad tributaria. En este caso, la contabilidad del recurrente estaba respaldada por tres de las 4 consultoras mundiales. En general, cabría pensar que una posición así sería inatacable. Este caso demostró que puede no serlo.

⁵⁶ Ball UK Holdings v HMRC [2017] UKFTT 457, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5c0e87a2e5274a0bfc8a70a8/Ball_UK_Holdings_Ltd_v_HMRC.pdf [Último acceso: Febrero del 2025].

N. del A.: Esta realidad no es muy diferente a la que enfrentan muchos contadores en Chile, donde parece ser que lo que opinan esas “Big 4” es *verbum sacrum*.

- Asimismo, SS concluyó que el mero hecho de que un grupo de contadores adopte un punto de vista acerca de una norma contable no la convierte en una “verdad [jurídica]” o que se encuentre en conformidad con los Principios Contables. Es interesante observar que el Tribunal estaba dispuesto a preferir la prueba pericial de HMRC, a pesar del aparente apoyo al planteamiento de la recurrente por parte de tres de las “Big 4”.
- Las pruebas de lo que dicen los manuales de las “Big 4” y del enfoque adoptado generalmente por la “industria contable” serían útiles hasta cierto punto, pero las pruebas de esta naturaleza no deben suplantar nunca el análisis (i.e., la hermenéutica contable recurrida por el perito).

N. del A.: En el plano penal, al perito contable no deberían importarle mucho los enfoques o criterios adoptados por la profesión para la aplicación de normas contables, ni mucho menos que los registros cuadren. A la Fiscalía eso tampoco debiese importarle. En un sentido más pragmático, la contabilidad de los comerciantes, en términos simples, cobra vida en dos dimensiones: en la mal llamada “Contabilidad Tributaria” y en la Contabilidad Mercantil (o conocida también como Contabilidad Financiera). Es por ello que en materia penal convendría preguntarse ¿cuál sería la “verdadera contabilidad” que tendría que indagarse?, ¿cuál sería su objeto de investigación?, ¿cuáles serían las características del sujeto-empresa investigada (i.e., empresa privada-regulada o una empresa familiar tipo Pyme⁵⁷)? En definitiva, deberíamos preguntarnos, ¿qué elementos de la contabilidad mercantil son de relevancia en materia penal? Eso, en cierto modo, lo determina el tipo penal económico que se investiga. No lo define una norma contable o un Estándar de Auditoría.

En consecuencia, un juzgador, un persecutor y el propio perito no pueden preterir la esencia de los Estándares de Auditoría. Debe existir una mínima comprensión de los roles del auditor, porque no hacerlo sería burlar el propósito mismo de la apreciación experta que se busca y que se sustenta en ese *arte, ciencia u oficio* a partir de lo que los registros contables permiten probar, si el caso exige recurrir a ellos. De lo contrario, se fomentaría un permanente ambiente de fraude procesal. Así como en el derecho penal existe la prohibición de analogía en la valoración de la prueba por tarificación, no debería ocurrir lo mismo en materia pericial, porque esta

⁵⁷ Para efectos contables son Pymes aquellas entidades que: (a) no tienen obligación pública de rendir cuentas, y (b) publican sus estados financieros con propósito de información general para usuarios externos (para 1.2, “Norma NIIF para las Pymes”, 2015). No obstante, según el artículo segundo de la Ley N° 20.416: 2010, Pyme son aquellas empresas de menor tamaño, como las microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas.

institución se debe a los principios del Sistema Procesal Penal y no a la aplicación de “reglas de auditoría” a la peritación contable.

3.2. Algunos déficits detectados en la evacuación de informes periciales contables: Inidoneidad y limitantes de los Estándares de Auditoría como baremo de admisibilidad y valoración judicial

Desde hace un tiempo se ha instalado la idea entre un número de peritos contables de la (errada) legitimización de los Estándares de Auditoría como un vehículo “metodológico” válido (entendido como un “Estándar de Prueba pericial”, del perito contable) para ser utilizado en la evacuación de los informes periciales contables⁵⁸.

Esta falsa premisa (o falacia) es poco asertiva y sin mucho sustento doctrinario, pensando que los distintos “hacedores de justicia” no son llamados a conocer acerca del acervo técnico de que están dotados los peritos contables. Para un juez, por ejemplo, ello no es relevante ni pertinente; lo relevante y pertinente es el camino que utilizó ese perito para arribar a su convencimiento y responder al encargo encomendado (*i.e.*, utilización de un proceso heurístico, como se señalara *supra*).

A mayor abundamiento, circula en el ambiente judicial de la peritación contable una tendencia hacia la utilización de los referidos estándares, como si el encargo pericial se tratase de una “auditoría financiera corporativa”. Sin embargo, este riesgoso camino, que ya se depurará, limita la labor pericial porque ella se circunscribe a una cuestión meramente técnica de juicios del auditor. En efecto, seguir solo un determinado “estándar” para la evacuación de una peritación contable va contra la naturaleza misma del ejercicio hermenéutico aplicado por el perito judicial. Ello es restrictivo. Lo cierto es que el perito se vale (o debería valerse) tanto de sus conocimientos múltiples (adquiridos) e idóneos (formación profesional) como por su experiencia profesional para la *apreciación* de los hechos en controversia, no siendo admisible el obligarse a usar una determinada metodología en particular, por cuanto ella no tiene que ver con aplicar o no una determinada norma o estándar (porque no se trata de una “certificación”), sino que tiene que ver con el proceso de formación del juicio profesional seguido por ese perito, basándose en los *principios de la ciencia o reglas* que este profesa, tal como indica el CPP en su artículo 314.

Para comprender esa errada legitimización es pertinente, primero, repasar de manera muy simple qué son los Estándares de Auditoría en este contexto. Así como ellos mismos lo mencionan, se aplican cuando se planifica y efectúa una auditoría financiera, esto es, un examen independiente a la información contable-financiera de

⁵⁸ Este acápite recupera una primera reflexión respecto de la materia.

Nino-Moris, Christian (2018). “Peritos judiciales contables y el ‘Mal de NAGAS’”, Columna de Opinión, *El Mercurio Legal*, El Mercurio SAP, <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906320&Path=/0D/D4/> [Último acceso: Febrero del 2025].

una entidad ya sea lucrativa o no, no importando su tamaño o forma legal (aunque con excepciones). El objetivo de tal examen es expresar una *opinión* respecto de si los estados financieros de una entidad están presentados razonablemente o no, en todos los aspectos significativos (razonable y materialmente importantes, *i.e.*, no absoluto), de acuerdo con un “Marco de preparación y presentación” de esa información financiera, pudiendo ser los Principios Contables Generalmente Aceptados (PCGA), los Principios de las Normas de Información Financiera (NIIF) o los Principios de las Normas Contables para el Sector Público. Aquí valga una primera precisión: el perito no *opina* como el auditor, sino que *aprecia* los hechos de los que particularmente toma conocimiento.

Tradicionalmente, esos mismos estándares han señalado que ellos pueden aplicarse, cuando sea apropiado, a otras actividades relacionadas con los auditores, pero no puede inferirse erróneamente que esas “otras actividades relacionadas” sean entendidas para entornos de carácter judicial –particularmente en lo penal–, por cuanto los estándares acerca de la evidencia en el ámbito profesional se alejan de aquellos fijados, o al menos deseados, en un ámbito litigioso. Cuando los Estándares de Auditoría se refieren a “otras actividades”, lo hacen en el contexto de otras normas especiales de la Auditoría, como son las “Normas de Compilación”, las “Normas de Revisión” y las “Normas sobre Servicios Relacionados”. En efecto, la propia Sección AU 500 señala que la evidencia de Auditoría aplicará para: (a) una auditoría de estados financieros, y (b) a toda la evidencia de auditoría obtenida en el transcurso de la auditoría⁵⁹. Un peritaje contable, por tanto, no es una auditoría.

Sin embargo, se deben reconocer los roles que considera el Código de Ética⁶⁰ respecto del auditor. En efecto, la subsección 600, sobre “Servicios de apoyo a los litigios”, prescribe que, entre otros: “Los servicios de apoyo a los litigios pueden incluir actividades tales como, (i) *actuar como testigo, incluido un testigo experto* y (ii) *prestar servicios forenses o de investigación*”. Lo primero se refiere a actuar como testigo de los hechos y, mientras lo hace, proporciona una opinión dentro del área de especialización de la persona en respuesta a una pregunta formulada en el curso de la presentación de pruebas. No obstante, hay factores limitantes en ese actuar que afectan su independencia (que no es del caso expandir). En cuanto a lo segundo, nada en esas normas éticas señalan cómo debe actuar el auditor, porque sencillamente no es una tarea de ese Código señalar el “cómo se hace”, sino que se limita solo a señalar “qué es lo que está habilitado éticamente” el auditor, como parte de su prestación de servicios profesionales, pero no dentro de la aplicación de los Estándares de Auditoría.

⁵⁹ <https://www.contach.cl/pdf/auditoria/2025/Naga%20500-2025.pdf> [Último acceso: Febrero del 2025].

⁶⁰ IFAC, “Manual del Código Internacional de Ética Para Contadores Profesionales (Incluye Normas Internacionales de Independencia)”, Edición 2023.

Siguiendo, tampoco son aplicables estos estándares cuando dicen relación con la *Consideración de Fraude en una Auditoría de Estados Financieros* (la ya citada Sección AU 240), por cuanto una peritación contable en lo penal no es una auditoría entendida en los términos que en ella se establecen. En la práctica ocurre todo lo contrario: son esos mismos estándares los que se encargan de advertir al auditor de la necesidad de contar con la asistencia de un profesional con *destrezas especializadas* (como las de un perito contable o auditor forense), que podrían ser requeridas y necesarias para referirse a ciertos aspectos o puntos en específico en la ejecución de una auditoría financiera. A modo de ilustración, se cita la Sección AU 240.A35: *El auditor puede responder a los riesgos... debido a fraude mediante, por ejemplo, la asignación adicional de otras personas con cualificación y conocimientos especializados, tales como expertos legales y en tecnologías de la información, o asignando al trabajo personas más experimentadas.*

Para reforzar lo anterior, recurriremos al recurso histórico. Las primeras Normas de Auditoría en Chile (en marzo de 1974) ya advertían las limitantes de estos estándares respecto de la detección de “fraudes e irregularidades”:

El examen normal de los estados financieros no tiene como objetivo expreso descubrir fraudes y no puede dependerse del mismo para ello (Capítulo 1.11).

...Por otra parte, las características de cierto tipo de irregularidades requieren para su descubrimiento conocimientos o la aplicación de procedimientos ajenos a la competencia profesional del auditor (Capítulo 1.14).

En los casos en que la dirección del ente sospeche la existencia de fraudes u otras irregularidades semejantes, puede encomendarse al auditor investigaciones especiales detalladas; pero estas difieren completamente de una auditoría o examen normal de estados financieros, en cuanto a objetivos, alcance y técnicas a utilizar (Capítulo 1.17).

Queda en evidencia, entonces, que no es la finalidad principal de la labor del auditor la detección de fraudes u otras irregularidades semejantes. En tal sentido, el auditor debe asegurarse de que la dirección del ente comprenda la naturaleza de la auditoría, sus objetivos, alcances y el grado de responsabilidad que se asume, antes de que sus servicios sean contratados (Capítulo 1.17).

Por consiguiente, para que un perito contable pueda *apreciar* objetivamente los hechos en controversia a que está llamado a informar, se vale de un sinnúmero de herramientas contable-financieras y de “buenas prácticas” que le ayudan y permiten formar su juicio profesional, con el único objeto de llegar al convencimiento racional acerca de los puntos de la peritación (el proceso *hermenéutico-contable*⁶¹). De ahí

⁶¹ *La hermenéutica contable es una disciplina jurídica de interpretación de las fuentes de la regulación contable: normas, doctrina y jurisprudencia. Su propósito es aclarar problemáticas de*

que el ejercicio de la peritación contable sea una “actividad innominada”; no es una actividad que se ejerce desde “los libros” o siguiendo procedimientos prerreferenciados por otros estándares contables.

De no mediar este proceso *hermenéutico-contable*, y si se validara la aplicación de esos Estándares de Auditoría, el proceso heurístico llevado a cabo por el perito sería baldío, haciendo su trabajo equiparable a las reglas de la prueba tasada; actividad que, como se sabe, solo está reservada a un juez y que, por lo demás, no es aplicable en sede penal. Se suma también el hecho de que si el perito ajustara su metodología de trabajo a las NAGAS caería en las mismas limitantes que enfrenta un juez en lo civil, en cuanto no podría hacer una libre valoración personal y concreta del material que llega a sus manos⁶². Esas NAGAS en sí son reglas preestablecidas por antonomasia.

Como se ve, seguir este camino atenta justamente contra el Principio de Libertad de la Prueba, que alcanza a todos los actores intervinientes del proceso, y eso de alguna manera arrastra también a la labor del perito. Cuestión diversa es cómo el juez en lo penal valorará el trabajo de ese perito, siguiendo lo prescrito en el artículo 297 del CPP.

Ciertamente, esas buenas prácticas son parte del quehacer profesional de un auditor y las incorpora a su acervo profesional, pudiendo ser las ya nombradas NAGAS, pero solo para la aplicación de procedimientos y técnicas específicos de auditorías a ciertos puntos de una peritación; o la aplicación de los procedimientos analíticos especiales propuestos por la ACFE (por ej., para investigar irregularidades contables, cuando sean del caso ser aplicadas), entre muchas otras prácticas de aceptación general de las que pueda servirse un perito para responder al encargo solicitado. Por lo demás, la ley es abierta en cuanto al proceder heurístico del perito, a condición, claro, de que justifique el uso de una determinada metodología, procedimiento o argumento, pero no sustentado su trabajo en una “única opinión”, sino en la apreciación de uno o más puntos de prueba, lo que determinará las métricas a seguir.

Asimismo, si se aceptase que el perito contable se debiese adscribir a los citados Estándares de Auditoría como aquel “estándar técnico idóneo” para el ejercicio de

interpretación para la recta comprensión de lo que da a entender el ente regulador por parte del contador público como garante del interés público. La importancia de disciplina radica en ser la mejor alternativa científica para dirimir conflictos entre las partes interesadas de la información contable en general, conforme con los principios de general aceptación.

Álvarez, Carolina, *et al.*, “Hermenéutica Contable”, *Introducción a la Contaduría*, Repositorio Institucional RI-UTS, Colombia, p. 3, <http://repositorio.uts.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/8361/Proyecto%20de%20aula.pdf?sequence=6&isAllowed=y> [Último acceso: Febrero del 2025].

⁶² Véanse las dimensiones de la Prueba Tasada en Ibáñez, Mariano (2018), “Análisis Crítico de la Probabilidad Prevalente”, *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, N° 11 (Primera Época), Editores Fondo Editorial, Argentina.

una peritación contable, entonces aquellos profesionales contadores y contadoras formados y provenientes de la educación *técnico-profesional* quedarían en una constatable desventaja formativa –aunque no de carácter legal–⁶³ y con el riesgo de que sus informes pudieran ser excluidos *ex ante* como un medio de prueba admisible en un juicio oral, al no tener las competencias profesionales; cuestión que más bien sería un acto discriminatorio meramente formalista.

En todo este análisis conviene destacar lo señalado por la Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB)⁶⁴ de Estados Unidos. Ella se refiere a la Auditoría Forense (rama de la contabilidad investigativa) como aquella especialidad que examina –entre otros– los informes financieros y el control interno de una entidad, cuyo objetivo no se articula expresamente en un conjunto establecido de normas (como ocurre con los Estándares de Auditoría), sino más bien, los usuarios de ese tipo de auditorías son los que establecen sus objetivos caso a caso.

En ese mismo orden de ideas, no podemos dejar de mencionar una postura de la International Auditing and Assurance Standards Board, IAASB, ente rector en la fijación de Estándares de Auditoría a nivel mundial⁶⁵, en la que una facción de la profesión ha mostrado cierta oposición al reconocimiento de procedimientos forenses en los Estándares de Auditoría, bajo el siguiente argumento, que se resume como sigue⁶⁶:

En una auditoría de estados financieros el papel del auditor es identificar los riesgos de incorrección material derivada del fraude o error. El propósito de una Auditoría Forense es generalmente investigar la sospecha o el conocimiento de un fraude (es decir, un examen específico focalizado en, por ejemplo, reunir pruebas derivadas de procedimientos legales). En consecuencia, el objetivo, la profundidad y la amplitud del trabajo de los auditores forenses es diferente al de una auditoría de estados financieros. La mentalidad cuestionadora y las técnicas de entrevista de un auditor

⁶³ El artículo 2° del Decreto Supremo 15.141: 1958 define como Función de Contabilidad que desempeñan los contadores (en sentido amplio, esto es, contadores generales y contadores público-audidores), *los trabajos que representen la organización de sistemas contables por partida doble u otros métodos, su manejo y auditoría y la contraloría de los mismos, y también la tuición de las anotaciones en los libros correspondientes, especialmente en los indicados en el Código de Comercio, de personas, instituciones o empresas de cualquiera índole u orden jurídico, así como todas las actuaciones contables que tengan por objeto establecer en forma científica sus resultados económicos, financieros y presupuestarios* (NB: Énfasis agregado).

⁶⁴ Public Company Accounting Oversight Board, PCAOB (2007), “Panel Discussion: Forensic Audit Procedures”, *Standing Advisory Group Meeting*, Estados Unidos, p. 2, https://pcaobus.org/News/Events/Documents/02222007_SAGMeeting/Forensic_Audit_Procedures.pdf [Último acceso: Febrero del 2025].

⁶⁵ Chile a través del CONTACH A.G. es miembro colegiado del IAASB vía IFAC.

⁶⁶ Assurance Standards Board (IAASB) (2020), “IAASB Fraud and Going Concern Roundtables”, Summary of Key Take-aways, September / October 2020, https://www.ifac.org/_flysystem/azure-private/publications/files/IAASB-Fraud-Going-Concern-Roundtables-Takeaways.pdf [Último acceso: Febrero del 2025].

forense son diferentes a las de un auditor de estados financieros. Los auditores forenses se centran en un conjunto muy específico de circunstancias que se conocen o sospechan [NB: Establecidos en el Predicamento visto *supra*].

En conclusión, cualquier estándar técnico, por muy aceptado que sea, no se vale ni sustenta por sí solo para las contenciones de tipo penal. Los operadores del sistema reconocen que la práctica de la prueba en lo penal va más allá del conocimiento adquirido y usado por ese perito contable (donde muchas veces los informes no son siquiera leídos por los fiscales); van más allá de los aspectos técnicos. En otras palabras, no se resuelve la prueba por la sola estatura profesional, sino como lo establece el propio CPP, hay otros controles, tales como las consecuencias penales a que se expone ese perito en su falta de cuidado profesional (por ej., artículos 206, 227, 260, 240, 247 del CP, derivados por el ejercicio de su función pública) y los efectos propios de su declaración en el juicio oral; todo lo anterior se aparta de las expectativas que los estándares profesionales imponen al universo de auditores que ejercen en el mundo privado, cuyo interlocutor válido es por antonomasia el gobierno corporativo de las entidades sujetas a examen contable; no por los tribunales de justicia.

A mayor abundamiento, nos estamos refiriendo concretamente a que los Estándares de Auditoría han señalado que un auditor, por ejemplo, no se encuentra en una posición de iniciar un proceso de investigación de fraudes, valiéndose de esos estándares. En efecto, el auditor externo tiene la responsabilidad de comunicar cualquier tipo de fraude que haya llegado a su conocimiento al estamento a cargo de conocer de la sospecha o comisión de este (por ej., el Comité de Auditoría, unidad de *Compliance*, unidad de auditoría interna o los dueños de la entidad), el que debería determinar si ha de iniciarse un proceso de investigación interna. De hecho, como lo sugieren los propios Estándares de Auditoría, el uso de un especialista forense –ya señalado *supra*– podría ser pertinente, dependiendo de la magnitud del o los hallazgos de fraude. Por este motivo, del resultado de las indagaciones efectuadas por ese especialista, ese auditor deberá establecer el impacto de esos hallazgos, que lo conducirían a establecer cuál deberá ser el Dictamen de Auditoría en cuanto a si su opinión será favorable, limitada, con abstención o, derechamente, renunciar al encargo de la auditoría⁶⁷.

Asimismo, en un proceso investigativo de fraudes se utilizan herramientas, o más bien enfoques, que en los otros tipos de auditoría no están presentes, debido principalmente a las restricciones de tipo metodológico (estándar) que regulan esas auditorías, o al menos no son comunes en su aplicación. Así, el enfrentar una

⁶⁷ Colegio de Contadores de Chile A.G. (CONTACH) (2025), “Norma de Auditoría AU 240: Consideración de Fraude en una Auditoría de Estados Financieros”, *Compendio de Norma de Auditorías Generalmente Aceptadas*, NAGA 73.

Auditoría Forense, por ejemplo, requiere de un elevado escepticismo profesional (mentalidad cuestionadora-investigadora), poseer debido entrenamiento en entrevistas de investigación para llegar a una verdad⁶⁸; asimismo, el concepto de *materialidad* (importancia relativa) no se aplica para la investigación de fraudes. Y, por último, el campo de acción del Auditor Forense no solo se restringe a aspectos investigativos, sino también a aspectos concernientes al testimonio experto en los tribunales en lo penal⁶⁹.

En cuanto al “escepticismo profesional”, conviene dedicar unas líneas. Los Estándares de Auditoría lo definen como la *actitud que implica una mentalidad inquisitiva, una especial atención a las circunstancias que puedan ser indicativas de posibles representaciones incorrectas debido a errores o fraudes, y una evaluación crítica de la evidencia de auditoría* (Sección AU 200.12(I)). Sin embargo, ese “escepticismo profesional” llevado a cabo por un auditor forense es diametralmente opuesto a lo que dicen los Estándares de Auditoría. La ACFE se refiere a él como:

Como parte del ejercicio de la competencia e integridad profesional, los examinadores de fraude [NB: incluyendo a los Auditores Forenses y peritos contables] siempre deben realizar su trabajo con una mentalidad de escepticismo profesional y comenzar sus encargos con la creencia de que algo está mal o alguien está cometiendo un fraude (dependiendo de la naturaleza del encargo y la información preliminar disponible). Asimismo, los examinadores de fraude deben relajar su actitud de escepticismo solo cuando la evidencia no muestra signos de una actividad fraudulenta. En ningún momento a un examinador de fraude le da el derecho a presumir que no existe un problema de fraude. Por lo tanto, el escepticismo profesional solo puede ser disipado por la evidencia...

De comparar ambos conceptos de escepticismo profesional –auditoría financiera *vs.* Auditoría Forense– es clara la disposición que debe tener un auditor según el tipo de auditoría en que nos encontremos situados. Así, por ejemplo, si se trata de una auditoría a las cuentas contables de una entidad, el auditor externo –recordemos– parte de la premisa de que los encargados del gobierno corporativo son responsables *del control interno que la Administración* [y el directorio]... *consideren necesario para permitir la preparación de estados financieros exentos de representación incorrecta material, debido a fraude o error.* No obstante, la convicción de que la Administración

⁶⁸ Davis *et al.* (2010), “Characteristics and Skills of the Forensic Accountant”, *Forensic and Valuation Services (FVS) Section*, American Institute of Certified Public Accountants, p. 15. <http://thefraudgroupllc.com/tools/library/documents/forensic.pdf> [Último acceso: Febrero del 2025].

⁶⁹ En lo que respecta a los países desarrollados, como Estados Unidos, Canadá y Australia, existen estándares profesionales acerca de cómo debe un auditor forense, en sus distintos roles de investigador, consultor, perito contable, testigo experto, debe proceder en su desempeño profesional.

y los responsables del gobierno corporativo de la entidad sean honestos e íntegros no exime, por esta razón, a ese auditor de la necesidad de mantener un escepticismo profesional, ni le permite conformarse con evidencia de auditoría que sea menos que persuasiva para la obtención de una seguridad razonable (Sección AU 200.A25 y Sección AU 240.A9).

En cambio, el auditor forense parte de otra premisa, cual es: *la creencia de que algo está mal o alguien está cometiendo un fraude*, esto es, se instala *ipso facto* una desconfianza manifiesta en las personas o las operaciones del ente investigado, a menos que la evidencia, posteriormente, diga lo contrario.

Ahora bien, sin intentar agotar los argumentos que demuestran o evidencian los déficits de los Estándares de Auditoría como un vehículo metodológico para la evacuación de los informes contable-periciales en sede penal, a continuación se exponen aquellos aspectos mínimos que debiesen ser considerados por los distintos operadores del sistema (o como hemos llamado, “hacedores de justicia”) a la hora de verificar su idoneidad como medio de prueba, o dicho de otro modo, que sean capaces de identificar cuáles son las limitaciones de esos estándares en un proceso judicial.

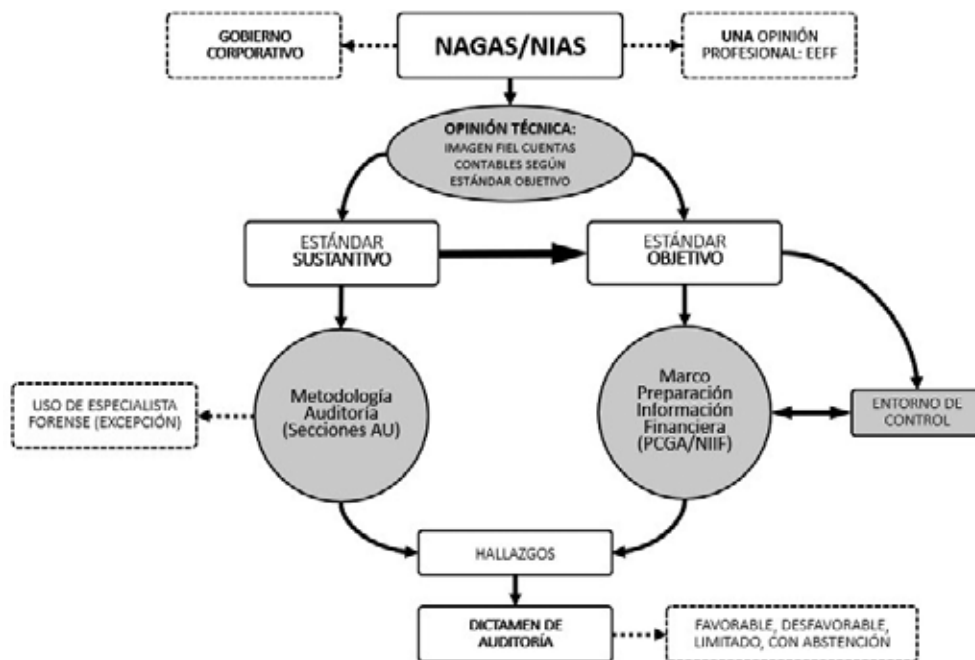
1. Como se ha dicho al comienzo de este acápite, una auditoría financiera es un examen independiente de la información contable-financiera, cuyo principal objetivo es expresar una *opinión reglada* respecto de si los estados financieros de esa entidad están presentados razonablemente o no, en todos los aspectos significativos (es decir, no es una opinión omnímoda), de acuerdo con un “Marco de preparación y presentación de la información financiera”. De ahí que la opinión del auditor sea *persuasiva en lugar de concluyente* (Sección AU 200.5), cuestión que se aparta radicalmente del estándar pretendido en sede penal, que es el de asegurar el mayor grado de certeza –*más allá de toda duda razonable*– en la apreciación de los hechos en controversia, sustentados en las diferentes piezas de pruebas.
2. Asimismo, los estados financieros sujetos a un proceso de auditoría son aquellos preparados y presentados por la administración de la entidad bajo la supervisión de los encargados del gobierno corporativo. Esto último no hace sino remitirnos forzosamente a las Normas Contables (NIIF), que en su acápite 2.36 señalan que, *[l]os informes financieros se preparan para usuarios⁷⁰ que tienen un conocimiento razonable de las actividades económicas y del mundo de los negocios*, agregando que *revisan y analizan la información con diligencia* (el mundo angloparlante señala a esto *financial literacy*).

⁷⁰ Esto es, inversionistas, prestamistas y otros acreedores existentes o potenciales y otros acreedores que deben depender de los informes financieros con propósito general para obtener la mayor parte de la información financiera que necesitan (MC.1.5).

Aquí, una diferencia sustancial. Se instala, por consiguiente, una presunción respecto de la exigencia “razonable” que deben tener los que gobiernan la empresa en asuntos contables, cuestión también que se aparta y no se puede pretender exigir en sede penal (ni en ninguna sede jurisdiccional); por el contrario, la sede penal impone al perito contable un mayor nivel de exigencia para la exposición de los hechos, valiéndose de un lenguaje claro, sin *argot*, pero sin descuidar la rigurosidad profesional de su trabajo. Por tanto, no existe ni es exigible que el juzgador cuente con conocimientos contable-financieros –aunque sí es deseable– para valorar la prueba, sin perjuicio de la exigencia que le impone el inciso uno del artículo 297 del CPP: *Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.*

El cuadro siguiente (imagen 1) expone de manera concreta la interacción de los Estándares de Auditoría, entendida como un “estándar sustantivo” que está dotada de una metodología que es usada y conocida por la profesión del auditor (organizada por “Secciones AU”, como se citara *supra*), cuyo objetivo es utilizarlas para verificar el cumplimiento de si los estándares contables (el “estándar objetivo”) han sido correctamente aplicados por una entidad en la elaboración de sus estados financieros.

Imagen 1



Fuente: Elaboración propia. Christian M. Nino-Moris, Auditor Forense.

3. Además, el peritaje contable en sede penal es de naturaleza casuística, y no se esperan informes o metodologías *proforma* para su evacuación; salvo en aquellos aspectos que el perito ha considerado establecer los presupuestos fácticos como una buena práctica en la confección de sus informes.

A contrario sensu, al no estar estandarizado el quehacer de la peritación judicial es posible que el perito contable esté llamado a responder una o varias “opiniones periciales”, que en la práctica serán adoptadas según “caso a caso” y según las piezas de prueba tenidas a su vista. Como se señaló en páginas anteriores, el Estándar de Prueba del perito es lo que condicionará el camino metodológico a seguir (heurístico), y que es lo que atenderá el tribunal en cuanto a su testimonio (valoración de la prueba).

Ahora bien, una cosa es que el perito-auditor no deba valerse de los Estándares de Auditoría para su soporte metodológico, pero otra cosa es que este sí puede hacer uso de aquellas técnicas o procedimientos contenidos en esas normas que le ayuden a sustentar su trabajo y, por esta razón, sus conclusiones. Eso viene explicado por la formación base que es propia del auditor que ejerce la función pública de perito.

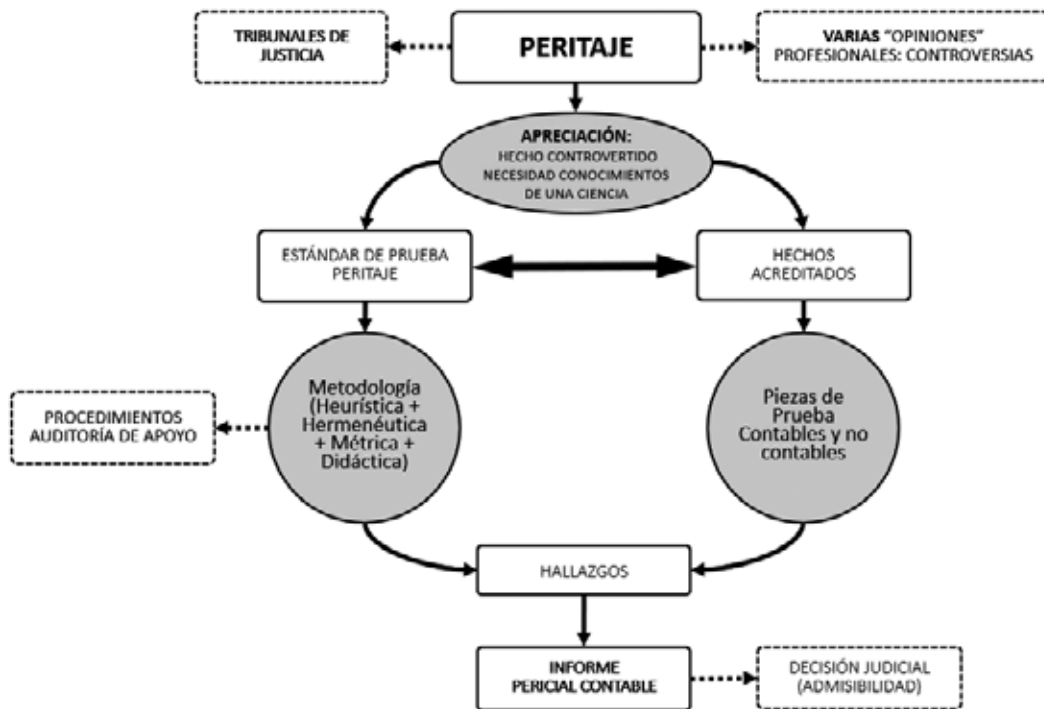
4. De ahí que estos estándares no puedan ser utilizados en sede penal como un vehículo metodológico de prueba, por cuanto sería “subsumir” una expectativa legal penal en un proceso que ya está normativizado y previamente conocido por sus usuarios (por ej., accionistas y auditores), cuestión lejana a la práctica pericial contable que, por antonomasia, no está estandarizada y, por tanto, no es de previo conocimiento de los intervinientes, ni debiendo serlo.

El cuadro siguiente (imagen 2) expone de manera concreta el funcionamiento “aceptado” de una peritación en lo penal.

5. Ahora bien, existe un número de limitaciones que enfrentan, en general, los auditores (externos e internos) en la detección de fraudes al seguir los estándares fijados por la profesión, como también existen otras limitantes y dificultades de tipo pragmático que impiden el llevar a cabo una labor investigativa de esos auditores. Lo anterior, se explica principalmente –y tal como algunos de esos estándares lo señalan– por el hecho de que los Estándares de Auditoría (sea auditoría externa o interna) no cubren los aspectos de carácter normativo y metodológico para la investigación de fraudes.
6. Asimismo, esos mismos auditores no poseen las habilidades investigativas necesarias⁷¹, tales como los procedimientos y técnicas especiales a aplicar; la construcción de un *predicamento* rector; destrezas para entrevistas de investigación; la adecuada

⁷¹ Davis *et al.*, *Op. cit.*, p. 22.

Imagen 2



Fuente: Elaboración propia. Christian M. Nino-Moris, Auditor Forense.

realización de informes investigativos, y la falta de entrenamiento y uso del lenguaje acerca de aspectos básicos procesales-penales, entre otras materias.

7. Asimismo, algunas de las limitantes que señalan los Estándares de Auditoría (NAGAS) se exponen a continuación:

Sección AU 200, respecto de objetivos de la Auditoría, párrafo 05: *No obstante, una seguridad razonable no significa un grado absoluto de seguridad, debido a que existen limitaciones inherentes a la auditoría, que hacen que la mayor parte de la evidencia de auditoría a partir de la cual el auditor alcanza conclusiones y en la que basa su opinión sea más persuasiva que concluyente.*

párrafo 06: *...La opinión del auditor se refiere a los estados financieros en su conjunto y, en consecuencia, el auditor no tiene la responsabilidad de detectar las incorrecciones [debido a fraude o error] que no sean materiales considerando los estados financieros en su conjunto.*

párrafo A47: *No cabe esperar, ni es posible, que el auditor reduzca a cero el riesgo de auditoría y, en consecuencia, el auditor no puede obtener una seguridad absoluta de que los estados financieros estén libres de incorrección material, debida*

a fraude o error. Esto se debe a que existen limitaciones inherentes a la auditoría, que tienen como resultado el que la mayor parte de la evidencia de auditoría a partir de la que el auditor alcanza conclusiones y en la que basa su opinión sea más convincente que concluyente. Las limitaciones inherentes a la auditoría surgen de: i) la naturaleza de la información financiera; ii) la naturaleza de los procedimientos de auditoría, y iii) la necesidad de que la auditoría se realice en un plazo de tiempo y con un coste razonables.

párrafo A49a: *...El auditor no ha sido formado como experto en autenticación de documentos, ni se pretende que lo sea [RE: Sección AU 240.09].*

párrafo A49b: *Una auditoría no es una investigación oficial de supuestas irregularidades. En consecuencia, el auditor no tiene poderes legales específicos, como el de llevar a cabo registros, lo que puede ser necesario para una investigación de ese tipo.*

Sección AU 240, sobre Responsabilidad del Auditor frente al fraude, párrafo 03: *Aunque “fraude” es un concepto jurídico amplio, a los efectos de las NAGAS al auditor le concierne el fraude que da lugar a incorrecciones materiales en los estados financieros. Para el auditor son relevantes dos tipos de incorrecciones intencionadas: las incorrecciones debidas a información financiera fraudulenta y las debidas a una apropiación indebida de activos. Aunque el auditor puede tener indicios o, en casos excepcionales, identificar la existencia de fraude, el auditor no determina si se ha producido efectivamente un fraude desde un punto de vista legal.*

párrafo 09: *Una auditoría realizada de conformidad con las NIA raramente conlleva la comprobación de la autenticidad de documentos, y el auditor no ha sido formado para ello ni se espera que sea un experto en dicha comprobación. Sin embargo, cuando el auditor identifique condiciones que le lleven a pensar que un documento puede no ser auténtico, o que los términos de un documento se han modificado y que ese hecho no le ha sido revelado, posibles procedimientos para investigarlo con más detalle pueden ser: i) la confirmación directa con terceros; ii) la utilización de un experto para que valore la autenticidad del documento [RE: Sección AU 200.A49a].*

Sección AU 250, respecto de Incumplimientos Legales y Reglamentarios, párrafo 04: *Sin embargo, el auditor no es responsable de prevenir incumplimientos y no puede esperarse que detecte todos los casos de incumplimiento de cualquier disposición legal y reglamentaria.*

párrafo 05: *...El que una actuación constituya un incumplimiento [leyes y regulaciones] es, en última instancia, una cuestión que debe determinarse desde un punto de vista legal por un tribunal de justicia.*

Sección AU 315, respecto de Riesgos Materiales, párrafo 039: *...el auditor no tiene la responsabilidad de identificar o valorar todos los riesgos de negocio ya que no todos ellos originan riesgos de incorrección material.*

Sección AU 501, respecto de Evidencia de Auditoría, párrafo A46: *Normalmente un auditor no tiene destreza legal y, por lo tanto, no puede efectuar juicios respecto a la información que llegue a conocimiento del auditor.*

Sección AU 360, respecto de Código de Ética, párrafo 10.A2: *Se espera que un auditor profesional aplique sus conocimientos y experiencia, y ejerza su juicio profesional. Sin embargo, no se espera que el auditor tenga un nivel de conocimiento de las leyes y regulaciones mayor que el requerido para realizar el encargo. El hecho de que un acto constituya un incumplimiento es, en última instancia, un tema que debe determinar un tribunal u otro órgano jurisdiccional apropiado [cfr. Sección AU 250].*

8. Por último, en cuanto a las normas, no podemos dejar pasar una a la que algunos peritos contables (incluyendo a las “Big 4”) recurren para evacuar sus informes periciales. Se trata de la “Norma Internacional de Servicios Relacionados 4400 sobre Encargos para Realizar Procedimientos Acordados sobre Información Financiera, NISR 4400⁷²” (un Estándar especial de Auditoría llamado “AUP”). Primero, debemos entender qué son los *encargos de procedimientos acordados*. A este respecto, la Norma NISR 4400 señala:

Contrato en el que un auditor se compromete a realizar aquellos procedimientos de auditoría acordados por el auditor, la entidad auditada y terceras partes y a informar sobre los hallazgos obtenidos. Los destinatarios del informe extraen sus propias conclusiones a partir del informe del auditor. El informe va dirigido únicamente a aquellas partes que han acordado los procedimientos a aplicar, dado que otros, no conocedores de los motivos de los procedimientos, podrían malinterpretar los resultados.

Algunos de los déficits que se evidencian de la aplicación de esta norma en particular para encargos de naturaleza forense se citan a continuación:

⁷² En Chile, esta norma fue adoptada del AICPA de Estados Unidos, llamada “Sección AT 215, Trabajos de Procedimientos Acordados”, lo que se contradice respecto de que nuestro país ha adoptado desde hace unos años los Estándares Internacionales de Auditoría del IFAC (IAASB). En todo caso, los alcances y naturaleza de ambos estándares son muy parecidos. El autor ha preferido referenciar el estándar del IAASB para ser consecuente con las NAGAS de Chile.

- (i) El auditor no expresa ningún grado de seguridad, dado que se limita a informar acerca de los hallazgos obtenidos. En consecuencia, son los usuarios del informe los que evalúan por sí mismos los procedimientos aplicados y los hallazgos obtenidos por el auditor y extraen sus propias conclusiones a partir del trabajo del auditor (NISR 4400.5);
- (ii) La independencia del auditor no es un requerimiento necesario en los encargos de procedimientos acordados (NISR 4400.7);
- (iii) La naturaleza del encargo, incluido el hecho de que los procedimientos a aplicar no constituyen ni una auditoría ni una revisión y que, en consecuencia, no se expresará ningún grado de seguridad (NISR 4400.9);
- (iv) El auditor puede considerar, por ejemplo, la posibilidad de intercambiar impresiones de los procedimientos a aplicar con los representantes adecuados de las partes involucradas, revisando la correspondencia pertinente recibida de estas o enviándoles un borrador del tipo de informe que se prevé emitir (NISR 4400.10);

Ahora bien, en cuanto a los encargos referidos a “fraude” debemos distinguir cuál ha sido la oportunidad y el alcance de este tipo de encargos. Si los encargos de procedimientos acordados surgen sin la intención de que constituya una “investigación de fraudes” (sin verificarse ningún tipo de predicamento) o, mucho menos, que se visualice una persecución penal, en esos casos sí es perfectible su recurrencia. Ejemplos de ello podrían ser la detección de riesgos en algún proceso contable que ha fijado la entidad (por ej., área tesorería o cuentas por pagar), o el levantamiento de vulnerabilidades en el control interno que puedan propiciar la comisión de fraudes. Sin embargo, si la entidad ha reunido indicios concretos de que un fraude ha tenido lugar, y que se hace más probable una persecución penal futura, los referidos encargos no reúnen las condiciones del estándar para su aplicación, por todo lo ya señalado *supra*.

Esta cuestión ha sido resistida por un sector de la profesión, especialmente por las grandes consultoras de auditoría en Chile (“Big 4”), cuyo personal desconoce estas materias en profundidad, ya que lo gravitante de sus servicios profesionales va dirigido al mundo empresarial y no al judicial. Otros profesionales contables, como una forma de “justificar” su metodología pericial, lo hacen recurriendo a esta Norma NISR 4400, para parecer más inocuo ante los otros Estándares de Auditoría. No obstante, las buenas noticias llegaron el año 2020 por parte de la AICPA, que vino a recoger el sentir de todos aquellos que estamos ligados a los procesos judiciales, y a zanjar la desinformación.

Ese organismo emitió en el 2020 un primer pronunciamiento oficial respecto de los encargos forenses llevados a cabo por los auditores. Se trata del Statement on Standards for Forensic Services Nº 1, SSFS 1, cuya aplicación fue a partir de enero del 2020.

En el citado SSFS 1, primero aclara el término forense, como *utilizado o adecuado para los tribunales de justicia o el debate público*. Luego, el estándar delimita dos tipos de encargos forenses:

- Litigación. *Un procedimiento legal o regulatorio real o potencial ante un juzgado, o un organismo regulador como testigo experto, consultor, amigo compondor, mediador o árbitro en relación con la resolución de disputas entre las partes...*
- Investigación. *Un asunto realizado en respuesta a las preocupaciones específicas de irregularidades, en la que el miembro está contratado para realizar procedimientos para recopilar, analizar, evaluar o interpretar ciertos elementos probatorios, con el fin de ayudar a las partes interesadas (por ejemplo, cliente, junta directiva, auditor independiente, o regulador) para llegar a una conclusión acerca del fondo de esas preocupaciones.*

Asimismo, la SSFS 1 hace una importante aclaración. Estos servicios están acotados a determinados servicios profesionales, pero lo más importante viene aquí (SSFS.2):

*Cuando un [auditor] es contratado como testigo experto por una de las partes en un encargo respecto de un litigio para proporcionar **opiniones periciales**, el [auditor] no puede realizar el trabajo bajo la Sección AT 215 concernientes a Procedimientos Acordados (Estándar AUP). Al realizar servicios bajo el Estándar AUP “**el auditor no realiza un examen o una revisión y no proporciona una opinión o conclusión**”. Sin embargo, los resultados pueden informarse bajo el estándar AUP, en un encargo en el que un [auditor] está contratado sea por el juzgador, por ambas partes de la disputa, o una combinación de ambos. En cada escenario, el SSFS 1 y el estándar de AUP aplican (NB: Énfasis agregado).*

En consecuencia, las directrices del SSFS 1 son claras en señalar que su aplicación será para procesos contenciosos, en que el auditor deba declarar como testigo experto; en tal caso, los Estándares AUP no aplicarán por cuanto los compromisos AUP no dan como resultado una opinión de ningún tipo; salvo que el informe, sin la intervención en juicio del perito, sea requerido por las partes o un tribunal, como cualquier parte interesada que desee ser informada de una materia en particular.

Como una forma de demostrar el desconocimiento que hay entre los contadores y auditores acerca de los alcances de estas normas en materia litigiosa, se cita el siguiente ejemplo tomado de una prueba testimonial de un juicio ya ejecutoriado (NB: Énfasis agregado):

Testimonial perito contable 1: ...respecto de lo forense existen normas de auditoría forense [NB: No es efectivo aquello] en este caso la Norma de Atestiguación 215 que está aprobada por el Colegio de Contadores [de Chile A.G.], que establece los procedimientos básicos; adicionalmente, uno se basa en la SAS 99 y en la NIA 240 que

son las de fraude que da los indicios de lo que se debe hacer... [NB: Estas normas solo aplican a una Auditoría de Estados Contables, no a encargos forenses] [Causa Juzgado de Letras Diego de Almagro, ejecutoriada en el 2021].

Testimonial perito contable 2: *...un informe de auditoría forense, son normas completamente diferentes. Las normas de una auditoría forense son Normas de Atestiguación que fueron actualizadas en el año 2016* [NB: No existen tales normas de Auditoría Forense]. *Una auditoría forense va específicamente a operaciones, que uno tiene que hacer la revisión de 100% de esas operaciones y uno da una opinión en base a procedimientos acordados que te dicen que se revisó el 100% es una auditoría pericial* [NB: Esto sería una absoluta falacia], *que es 100% de revisión...* [Causa Juzgado de Letras Diego de Almagro, ejecutoriada en el 2021].

9. Adicionalmente a lo antes expuesto, existen otras limitantes que dicen relación con la libre disposición de los antecedentes que posee el auditor para con terceros, las que entran, incluso, en conflicto entre las propias prescripciones en nuestra legislación, tales como las normas pertinentes a secreto profesional del CP. Además, la Sección AU 210 párrafo A29, por ejemplo, señala que el Auditor “*está impedido de revelar información confidencial obtenida en el transcurso de un trabajo a menos que la Administración específicamente lo consienta*”. En ese mismo sentido lo señala el Código de Ética de la IFAC⁷³, Sección 140 acerca de la Confidencialidad, párrafo. 01: [El Auditor deberá] *abstenerse: (a) De divulgar fuera de la firma, o de la entidad para la que trabaja, información confidencial obtenida como resultado de relaciones profesionales y empresariales, salvo que medie autorización adecuada y específica o que exista un derecho o deber legal o profesional para su revelación; (b) de utilizar información confidencial obtenida como resultado de relaciones profesionales y empresariales en beneficio propio o de terceros.*
10. Sin embargo, estas normas chocan con lo prescrito por el artículo 100 del actual Reglamento de Sociedades Anónimas, que reza: *Los inspectores de cuentas y los auditores externos deberán denunciar a las autoridades judiciales y administrativas competentes, los delitos y las irregularidades o anomalías que, a su juicio, existieren en la administración o contabilidad de la sociedad.*

Una primera conclusión a este respecto es que el auditor se obligue, por el solo ministerio de la ley, a revelar *irregularidades o anomalías* en función de un reglamento-ley, el que estaría por sobre una norma técnica profesional. Veamos. La aspiración, a nuestro entender, del artículo 100 de dicho reglamento excede con creces las propias expectativas de los propios Estándares de Auditoría, como se ha

⁷³ IFAC, *Op. cit.*

revisado *supra*. Primero, un auditor no puede “denunciar delitos” por cuanto solo ha sido formado, de manera limitada, en cuanto a los fraudes que puedan tener un impacto en los estados contables; como, asimismo –como ya se ha visto–, *aunque... puede tener indicios o, en casos excepcionales, identificar la existencia de fraude, el auditor no determina si se ha producido efectivamente un fraude desde un punto de vista legal* [penal].

Segundo, el citado articulado se refiere a *irregularidades o anomalías que, a su juicio, existieren en la administración o contabilidad de la sociedad*. Tanto el juicio profesional como también el escepticismo profesional que se le exige al auditor, es a todas luces una decisión discrecional según la “experiencia profesional” del auditor, sin mediar ningún otro baremo de verificación objetiva como para emprender la “denuncia”. Así, un auditor júnior percibirá los hechos de una manera disímil al de un auditor sénior, incluso entre pares de estos últimos (por ej., socios de auditoría). A lo sumo podría hablarse de una “operación sospechosa”, que quede a juicio de la autoridad administrativa correspondiente y no del auditor.

Igualmente, este último articulado colisiona con dos cuerpos legales. El primero dice relación con el artículo 31 de la Ley Nº 13.011: 1958, que señala que *...se considerarán motivos graves* [por parte del auditor, como medidas disciplinarias]⁷⁴: *...b) Haber sido condenado por sentencia ejecutoriada por alguno de los delitos que contemplan los artículos 246, 247 y 248 (...) del Código Penal*. Por su parte, el CP en su inciso dos, artículo 247, consagra: *Las mismas penas* [de los empleados públicos] *se aplicarán a los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado*.

Sin embargo, es a partir de estas limitaciones que permiten a la auditoría financiera tradicional evolucionar y expandirse a otros campos del quehacer profesional, como lo es el incursionar en auditorías con una connotación de corte investigativo-criminal. Así es como surge la Auditoría Forense, una nueva especialización en Chile y la región, con nuevos actores, que exige un mayor grado de especialización por parte del auditor para la investigación de delitos económicos.

La Auditoría Forense es una disciplina incipiente en Chile, no así en países desarrollados. Tres hechos fácticos lo demuestran: a) No se dispone aún de entrenamiento a nivel de grado académico⁷⁵; empero, algunas universidades ofrecen un número de capacitaciones acerca de aspectos básicos referidos al fraude corporativo; b) existen

⁷⁴ La Ley Nº 20.050: 2005 introdujo una reforma constitucional que modificó el número 16 del artículo 19 de la Constitución Política en lo referido a los colegios profesionales, consagrando la tuición ética de estos a sus miembros, pero sin establecer la colegiatura obligatoria. Sin embargo, las reclamaciones motivadas por la conducta ética de los profesionales que no pertenezcan a colegios profesionales serán conocidas por los tribunales ordinarios.

⁷⁵ Salvo aquel que proviene de las Policías (PDI-Brigadas, Carabineros-Labocar) y que se ofrece solo a los oficiales enlistados en sus academias.

escasas o nulas publicaciones académicas en revistas indexadas o no indexadas referentes a temas antifraude y fraude corporativo, en temáticas de Auditoría⁷⁶, y c) la existencia de pocos profesionales certificados internacionalmente en materias antifraude⁷⁷.

Sin embargo, aun cuando podría ser evidente para el mundo de la profesión contable (aunque en realidad a veces no es así), el mundo legal debe saber distinguir cuestiones que en lo técnico pueden parecer sinónimos, pero que con la práctica no lo serían. A saber: i) la Auditoría Forense no es un peritaje judicial contable; ii) la Auditoría de fraudes no es Auditoría Forense; iii) el Modelo de Gestión de Riesgos de Fraudes (por ej., usado en los Modelos de Prevención del Delito) no es Auditoría Forense; iv) la Sección AU 240 no es una norma de Auditoría Forense; v) “fraude” no es sinónimo de delito; vi) el manejo de la evidencia consignada en los Estándares de Auditoría no es equiparable a la Prueba Legal; vii) una investigación interna de fraude no es una Auditoría Interna.

Estas cuestiones se tratarán en otro trabajo académico que se encuentra en una etapa de revisión y que se ha omitido en este documento, para atenuar su extensión según las normas editoriales exigidas.

IV. CONCLUSIONES

4.1. La crítica más transversal que se les enrostra a los peritos judiciales, a juzgar por la abundante jurisprudencia judicial-administrativa y los constantes reclamos de abogados de la plaza, son respecto de que estos toman un rol de juzgador (especialmente de parte de los peritos de las policías); no responden adecuadamente acerca del encargo de la peritación practicada (*off-topic*); poseen poco o nulo entendimiento del sistema procesal penal y sus instituciones; manifiestos problemas en la comprensibilidad de sus informes; falta de entrenamiento técnico especializado pertinente a las temáticas que son motivo de la peritación encomendada, y algo que es transversal a casi todos los peritos judiciales: ausencia

⁷⁶ Las investigaciones al respecto están más abordadas desde la perspectiva del Derecho Penal y Criminológica, destacando algunas revistas indexadas como las de la Universidad de Talca (Scielo, *Política Criminal*) y la Universidad Austral de Chile (Scielo, *Revista de Derecho*). No indexadas, la *Revista del Instituto de Ciencias Penales* (ICP). Desde la perspectiva de los negocios, existe la revista indexada *GESTEN*, del Departamento de Gestión y Negocios, Facultad de Economía y Negocios, Universidad Alberto Hurtado, la que ha dedicado algunos artículos respecto de la materia: <http://www.gestionytendencias.cl/index.php/GT/index> [Último acceso: Febrero del 2025].

⁷⁷ Con pocos meses de existencia, existió un Capítulo-Chile de la ACFE, que fuera reconocido oficialmente el 2016; en tanto, ya existe un Capítulo-Chile ACFE para estudiantes en la Facultad de Economía de la Universidad de Chile, fundado por el suscrito, quien fuera su primer *Faculty Advisor*.

de una certificación profesional que avale su pertinencia en la esfera judicial (i.e., ciencias forenses).

- 4.2. A su turno, la crítica hacia los abogados litigantes es que carecen de las capacidades y competencias suficientes para examinar adecuadamente la prueba pericial. La principal razón que explica el funcionamiento deficiente de los peritajes en Chile es que los abogados litigantes carecen de formación en epistemología. Esto, según lo ha sostenido nuestra Excm. Corte Suprema, es un problema estructural del sistema que se origina en las universidades, tanto en pregrado como en posgrado.
- 4.3. La práctica forense ha revelado que un espectro de la profesión contable ha recurrido a los Estándares de Auditoría para la investigación de fraudes, usando por analogía dichos estándares a cuestiones de tipo penal. Este trabajo ha dado cuenta de un número de argumentos como para no recurrir a dichas normas, salvo en lo relativo a la aplicación de técnicas y procedimientos de auditoría. En consecuencia, hay un número de déficits que los Estándares de Auditoría contemplan y que impiden cumplir la función pericial en estrados.
- 4.4. La aplicación de los Estándares de Auditoría, sin ninguna otra consideración, equivaldría a que el perito contable valorara los hechos en controversia como si se tratara de la aplicación de una “prueba tasada”, en circunstancias que quien valorará su trabajo, el juez, se valdrá de la Regla de Sana Crítica. El perito, si bien no debe ponerse en la posición del juzgador, sí debe procurar que su informe –*ergo*, su testimonio– se correlacione con el proceso heurístico que desea escuchar su interlocutor, esto es, las premisas, los métodos aplicados, la hermenéutica contable subyacente entre los puntos técnicos y su apreciación que se derivan de las piezas de prueba.
- 4.5. Aun cuando el perito judicial contable no busque conscientemente la dependencia de tales Estándares de Auditoría en sus encargos forenses, la remisión a ellos –como una suerte de declaración de principios rectores– solo hace que su trabajo se neutralice de manera implícita. En efecto, estas normas se refieren a limitantes, tales como que la evidencia de auditoría, desde el momento en que el auditor alcanza sus conclusiones y en la que basa su opinión, es más persuasiva que concluyente; o que el auditor no se ha formado como experto en autenticación de documentos, ni se pretende que lo sea; o no se espera que el auditor tenga un nivel de conocimiento de las leyes y regulaciones mayor que el requerido para realizar el encargo. Por último, aunque el auditor puede tener indicios o, en casos excepcionales, identificar la existencia de un fraude, el auditor no determina si se ha producido efectivamente un fraude desde un punto de vista legal.
- 4.6. Más que la cantidad de informes evacuados, como se arrojan ciertos profesionales contables, lo importante es poner el foco respecto de la calidad en la evacuación y deliberación de los informes periciales-forenses. Sin embargo, para que ello

sea una realidad, es la institucionalidad la que debe dar el primer paso, que redunde en, primero, una mejora al sistema de selección y designación de peritos, y segundo, en capacitar adecuadamente a los hacedores de justicia. En esto las universidades también tienen un rol protagónico. Al menos hay avances concretos de ello. Por más que se esboce un discurso dialéctico para la justificación de los Estándares de Auditoría, el peso de la realidad procesal termina por sucumbir la supuesta contribución de esos estándares a la labor pericial; contribución que por lo demás es algo limitada, y a veces, solo reclamada desde lo teórico, sin manifestación alguna en lo práctico y sin correlación alguna entre lo que se dice y lo que se hace en la evacuación de esos informes técnicos.

REFERENCIAS

- ALBERT, CATALINA y JARA, MATÍAS (30 de agosto de 2016). *Tribunales de Familia: Las graves deficiencias del Sistema de Peritos*, Centro de Investigación Periodística, Ciper. <https://www.ciperchile.cl/2016/08/30/tribunales-de-familia-las-graves-deficiencias-del-sistema-de-peritos/>
- ÁLVAREZ, CAROLINA; ORTEGA, JUAN; FUENTES, JUAN; BOHORQUEZ, JAIDER y GUEVARA, JAIDER (23 de noviembre de 2021). *Hermenéutica Contable, Introducción a la Contaduría*, Repositorio Institucional RI-UTS, Colombia, 3. <http://repositorio.uts.edu.co:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/8361/Proyecto%20de%20aula.pdf?sequence=6&isAllowed=y>.
- ÁLVAREZ, GABRIEL (25 de enero de 2019). “Delitos económicos suben 537% en los últimos 14 años y solo en 2018 se denunciaron 123.792 casos”. Empresas y Mercados, Diario Electrónico *El Pulso*, Consorcio Periodístico de Chile S.A. <https://kiosco.latercera.com/reader/25-01-2019-pulso?location=4>.
- ASSURANCE STANDARDS BOARD, IAASB (17 de noviembre de 2020). “IAASB Fraud and Going Concern Roundtables”, *Summary of Key Take-aways*, September/October 2020. https://www.ifac.org/_flysystem/azure-private/publications/files/IAASB-Fraud-Going-Concern-Roundtables-Takeaways.pdf
- CARROZA, DICK (1 de noviembre de 2020). “Predication or Not”, *Fraud Magazine*, Association of Certified Fraud Examiners, 35(6). <https://www.acfe.com/fraud-magazine/all-issues/issue/article?s=2020-novdec-predication-fraud-examination>
- CENTRO DE INFORMACIÓN TECNOLÓGICA (2008). “Plagio académico, ¿robo y fraude?”. En *Síntesis, Información tecnológica*, 19(4),1. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-07642008000400001>
- CORPORACIÓN DE TELEVISIÓN PUC (31 de marzo de 2019). Reportaje T13: *Peritos judiciales sin regulación*. <https://www.t13.cl/videos/nacional/video-reportajest13-peritos-judiciales-regulacion-ninos-riesgo>

- DAVIS F., RAMONA y OGILBY, SUZANNE (9 de abril de 2010). *Characteristics and Skills of the Forensic Accountant*, Forensic and Valuation Services (FVS) Section, American Institute of Certified Public Accountants, 15. <http://thefraudgroupllc.com/tools/library/documents/forensic.pdf>
- DUCE J., MAURICIO (2018a). “Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema”, *Política Criminal*, 13(25), p. 64. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000100042>
- DUCE J., MAURICIO (2018b). Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate, *Ius et Praxis*, 24(2), pp. 223-262. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200223>
- INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS, IFAC (2023). *Manual del Código Internacional de Ética Para Contadores Profesionales (Incluye Normas Internacionales de Independencia)*, Edición 2023. <https://ifacweb.blob.core.windows.net/publicfiles/2024-12/2023-Manual-2023-IESBA%2C%20C%C3%B3digo%20de%20Etica%20Spanish%20LOCKED.pdf>
- INSTITUTO NACIONAL DE PROPIEDAD INDUSTRIAL, INAPI (2018). *Delitos, Conductas Infractoras del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*. <https://www.inapi.cl/protege-tu-idea/delitos>
- GOVERNMENT UK (2017). *Ball UK Holdings v HMRC [2017] UKFTT 457*, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5c0e87a2e5274a0bfc8a70a8/Ball_UK_Holdings_Ltd_v_HMRC.pdf
- NINO-MORIS, CHRISTIAN (1 de febrero de 2018). “Peritos judiciales contables y el ‘Mal de NAGAS’”, Columna de Opinión, *El Mercurio Legal*, El Mercurio SAP. <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906320&Path=/0D/D4/>
- NINO-MORIS, CHRISTIAN (4 de abril del 2019). Peritos judiciales sin Credenciales, Columna, *El Mostrador*, Blogs y Opinión. <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2019/04/04/peritos-judiciales-sin-credenciales>
- OSTERTAG, JAVIERA (21 de marzo de 2025). *Temporada narco digital: tráfico de drogas por redes sociales se disparó un 793% este verano*, Unidad Investigación de Radio Bío Bío, Santiago. <https://www.biobiochile.cl/especial/bbcl-investiga/noticias/articulos/2025/03/21/temporada-narco-digital-traffic-de-drogas-por-redes-sociales-se-disparo-un-793-este-verano.shtml> [Último acceso: Febrero del 2025].
- PLAZAS E., RODRIGO; HERNÁNDEZ A., LUDIVIA y FLÓREZ G., MARIO (2016). “El debido proceso y la cadena de custodia frente a las pruebas judiciales presentadas por el auditor forense”, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Colombia, *Revista IUSTA*, 46, enero-junio de 2017, p. 59. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3525/3424>
- PODER JUDICIAL DE CHILE, PJUD (2017). “Peritajes en Chile: Informe con Principales Resultados del Estudio Diagnóstico de los Sistemas de Peritajes en Chile”, *IDECS*: 338, Dirección de Estudios de la Corte Suprema, 24.

- PJUD (2022). *Oficio N° 125-2022, Informe de Proyecto de Ley Sobre Peritaje Judicial*, <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/docs/download/41842>
- PUBLIC COMPANY ACCOUNTING OVERSIGHT BOARD, PCAOB (2007). *Panel Discussion: Forensic Audit Procedures*, Standing Advisory Group Meeting, Estados Unidos, 2. https://pcaobus.org/News/Events/Documents/02222007_SAGMeeting/Forensic_Audit_Procedures.pdf
- RAMÍREZ, MARICELA y REINA, JOHANA (2013). “Metodología y desarrollo de la auditoría forense en la detección del fraude contable en Colombia”, *Cuadernos de Administración*, Universidad del Valle, Colombia, 29(50), p. 187. <http://www.scielo.org.co/pdf/cuadm/v29n50/v29n50a08.pdf>
- RUSSELL, CRAIG y REDDY, PRASUNA (2004). “Assessments of the Expert Evidence of Accountants”, *Australian Accounting Review*, Australian National University, Melbourne, 14 de marzo de 2004, pp. 73-80. <https://doi.org/10.1111/j.1835-2561.2004.tb00285.x>

ACERCA DEL “INCIDENTE” DE DECLARACIÓN DE MALA FE EN LA LEY N° 20.720. LAS SOMBRAS DE SU DISEÑO Y SUS ALCANCES EN EL ESCRUTINIO DE LA CONDUCTA DEL DEUDOR EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN

*Eduardo Jequier Lebuedé**

RESUMEN

La Ley N° 21.563, de 10 de mayo de 2023, que modificó la Ley N° 20.720, incorpora un nuevo procedimiento encaminado a revisar la conducta del deudor, antes y durante el procedimiento concursal, con miras a evitar el abuso del sistema procesal concursal y, más concretamente, el acceso de mala fe al beneficio de la descarga de los saldos insolutos en el procedimiento concursal de liquidación, consagrado en el art. 255 de la Ley N° 20.720. El diseño de este mecanismo, sin embargo, evidencia algunas inconsistencias que pretendemos identificar en este trabajo, con miras a proponer algunas mejoras de *lege lata* y *lege ferenda*.

Palabras clave: Mala fe, conducta del deudor, liquidación concursal, descarga de saldos insolutos.

INTRODUCCIÓN

Una importante novedad que trajo consigo la Ley N° 21.563 (D.O. de 10 de mayo de 2023), relacionada con el deber de colaboración del deudor, consagrado en el art. 169 de la Ley N° 20.720 (D.O. de 9 de enero de 2024, en adelante Ley concursal chilena o LC), consiste en la declaración del actuar de mala fe del deudor, antes o durante el procedimiento concursal.

* Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, España. Profesor Titular Universidad San Sebastián, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, sede Santiago. Profesor de Derecho Comercial. Correo electrónico: eduardo.jequier@uss.cl. Dirección postal: Bellavista N°7, Recoleta, Santiago, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8005-6685>.

Durante el trámite legislativo de la Ley N° 20.720 se hizo especial hincapié en la necesidad de terminar con la estigmatización de aquella persona que fracasa en un emprendimiento, lo que es de común ocurrencia, porque “la regla general en la conducta de una persona o compañía no es el fraude a la ley, sino que, por el contrario, los fracasos en un emprendimiento son propios de los cambios de mercados dinámicos y globalizados, sumados a diversas circunstancias, pero sin que medie mala fe”¹; pero se dijo también que “[e]l efectivo que a aquel que quiebra o tiene un negocio que fracasa se le tiene que dar la oportunidad de iniciar otra actividad o emprendimiento. Pero a quien lo haga de mala fe o no cumpla con las obligaciones como corresponde, se le debe sancionar”².

Sin embargo, y más allá de esas declaraciones, nada se dijo acerca de la sanción que debería imponérsele al deudor que oculta o distrae sus bienes o antecedentes documentales, o que falsea aquella información que debe proporcionar en su solicitud de liquidación voluntaria (art. 115 y art. 273 A LC). Como destaca Caballero, “[n]uestros legisladores no consideraron oportuno, no obstante los antecedentes y prácticas existentes a nivel comparado, exigir para la concesión de la exoneración legal una conducta honesta del deudor, con el fin de reducir el riesgo moral. Tampoco se contempla la necesidad de cumplir con un plan de pagos acordado entre el deudor y los acreedores, ni se establecieron reglas especiales al respecto”³.

Haciéndose cargo de lo anterior, la Ley N° 21.563 incorpora esta nueva figura, del “incidente de mala fe” del deudor, la que se justificó por la aparición –o constatación– de un fenómeno que, lejos de constituir un hallazgo, resultaba previsible ya desde la vigencia misma de la LC, debido a la laxa configuración de la insolvencia como elemento objetivo de acceso al concurso. Durante el trámite legislativo de la Ley N° 21.563, pues, se hizo especial referencia a la baja tasa de recuperación de créditos, debido al uso creciente del procedimiento de liquidación voluntaria versus los procedimientos de reestructuración (reorganización y renegociación), con activos de muy escasa cuantía. Se observó además que, como consecuencia de ello, “en el tiempo se ha empezado a ver una desbancarización en algunos casos, en la que el acreedor presume que ha habido una mala fe en el sentido de que se le han otorgado créditos importantes, hipotecarios o de consumo, donde la persona deudora no siempre colabora con el procedimiento o se presenta con bienes escasos, que sin mediar otra causal, como no tener ingresos suficientes han visto mermados sus ingresos de manera importante”; y que el incidente de mala fe, “más que una sanción porque no hay una multa ni solicitudes de cárcel, busca restablecer el derecho del acreedor a seguir persiguiendo su acreencia, en el todo o parte, porque dependiendo

¹ *Historia de la Ley N° 20.720*, p. 132.

² *Historia de la Ley N° 20.720*, p. 257.

³ Caballero, 2018, p. 151.

de lo que resuelva el juez, podría existir la exención no completa de este saldo que hoy se extingue a todo evento”.

Se sostuvo, en suma, que con este procedimiento “se busca sancionar al deudor de mala fe, restableciendo al acreedor su derecho a perseguir su acreencia”, y que “esto se dará en procedimientos con bajos niveles de activos donde los acreedores no tienen mucha participación en los procedimientos, porque su costo de perseguir acreencias es mayor que el de lo que se pueda recuperar, pero sabiendo que hubo bienes suficientes que desaparecen previo al concurso, podrían accionar de acuerdo a estas dos causales (que finalmente pasaron a ser cuatro), que en todo caso son objetivas y taxativas” (paréntesis añadido) ⁴.

Llama la atención, no obstante, que esta materia haya sido tratada como parte del Párrafo 5°, acerca de Incautación e Inventario, porque aquella abarca un espectro jurídico-temporal mucho más amplio, antes y durante el procedimiento concursal. Al parecer, la ubicación de esta norma, como parte de la diligencia ya dicha, obedece a que la buena fe del deudor no es más que el correlato del deber de colaboración de que trata el art. 169 LC, en cuanto a identificar y poner a disposición del liquidador *todos sus bienes y antecedentes*. A ello se suma que es en esta diligencia de incautación e inventario en donde se materializan en mayor medida los efectos de las conductas descritas en el nuevo art. 169 A, de ocultación o distracción de información y documentos o de distracción de bienes y derechos, lo que redundaría en una determinación del activo que es inferior al real declarado e incautado.

En este trabajo se analizarán los principales aspectos de este nuevo arbitrio procesal, poniendo el énfasis en su diseño normativo y en las dificultades e inconsistencias que este presenta, de cara al logro del objetivo planteado por el legislador: evitar el abuso del sistema procesal concursal por la vía de sancionar al deudor deshonesto o de mala fe.

I. CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DEL DEUDOR Y BENEFICIO DE DESCARGA DE DEUDAS

En su nuevo art. 169 A, introducido como se dijo por la Ley N° 21.563, la Ley N° 20.720 recoge algunas conductas que en cierto modo se asimilan a algunas de las que contemplaba la derogada LQ, como constitutivas del delito de quiebra fraudulenta (arts. 220 LQ), e incluso a algunas de las contempladas actualmente en los arts. 463 y 463 bis del Código Penal, introducidos por la Ley N° 20.720, consignándolas ahora como presupuestos o causales de calificación de la conducta del deudor y, concretamente, de su actuar de mala fe. Esta figura, sin embargo, no es más que

⁴ Así lo planteó concretamente el superintendente de Insolvencia y Reemprendimiento en ejercicio, Sr. Hugo Sánchez. *Historia de la Ley N° 21.563*, Informe de la Comisión de Economía, p. 105.

una reacción del legislador frente a las consecuencias que ha generado uno de los aspectos más cuestionables de la LC, al que nos hemos referido ya latamente⁵; y es que, a pretexto de favorecer la agilidad del procedimiento, la ley permite el acceso al concurso sin que se haya comprobado, al menos *prima facie*, el presupuesto objetivo de la insolvencia. Asimismo, esta opción de la LC, de aligerar la constatación del presupuesto objetivo del concurso en su fase de apertura, ha sido terreno fértil para el abuso del sistema concursal⁶, por parte de quienes apuntan únicamente a descargar sus deudas como resultado del *fresh start* o extinción de pleno derecho de los saldos insolutos, tras la ejecutoriedad de la sentencia de término (art. 255 LC), pese a no encontrarse realmente en insolvencia o, simplemente, a haberla provocado intencionalmente; más allá, claro está, de las sanciones penales a que hubiere lugar.

Como forma de frenar entonces esta tendencia, la Ley N° 21.563 vino a instalar ciertas barreras de acceso al concurso⁷ o al menos algunos desincentivos a los deudores que mal utilizan la normativa concursal, privándolos del beneficio de la descarga de deudas recién referida. Para ello fue necesario modificar también el art. 255 LC, que establece ahora dos concretas excepciones al efecto mencionado (los alimentos que se deben por ley a ciertas personas de conformidad a las reglas previstas por el Título XVIII del Libro I del Código Civil y la compensación económica prevista en el párrafo 1° del capítulo VII de la Ley N° 19.947, y las obligaciones derivadas de delitos o cuasidelitos civiles o penales), y además, una expresa referencia al incidente de mala fe regulado en el art. 169 A LC.

Según el mencionado art. 255, pues, y aun cuando la declaración de mala fe del deudor debe contenerse en la sentencia que falle el incidente de mala fe del art. 169 A, para que esta produzca los efectos de descarga que predica el art. 255 es necesario que, además, ello conste expresamente en la sentencia de término del procedimiento de liquidación, la que en esta parte deberá ajustarse estrictamente a aquella en cuanto a la determinación de los saldos que se extinguen, total o parcialmente. La figura, por tanto, no deja de ser confusa, pues, al exigir que la no

⁵ Jequier, 2023, Tomo III, vol. 1.

⁶ Así lo plantean también Caballero y Goldenberg, según quienes “la facilidad con que un deudor puede obtener el descargo de sus deudas ha generado la impresión de ser los procedimientos concursales instrumentos que permiten un uso abusivo por parte de algunos deudores”. Aclaran, no obstante, que el hecho de contar el deudor (especialmente, consumidor) con un exíguo patrimonio en relación con sus deudas, no debe considerarse como un ejercicio *per se* abusivo del procedimiento concursal de liquidación y equipararse a la mala fe (CABALLERO y GOLDENBERG, 2021, p. 48).

⁷ En su Mensaje al Congreso Nacional y refiriéndose concretamente al nuevo procedimiento de liquidación simplificada, el Ejecutivo destacó especialmente: “Para evitar que deudores de mala fe abusen de este mecanismo, se deberá acompañar una declaración jurada y algunos antecedentes adicionales a los que se exigen actualmente, como el estado de deudas, el informe de deuda de la Comisión para el Mercado Financiero, carpeta tributaria, entre otros (armonización con requisitos exigidos para proceso de renegociación)”. *Historia de la Ley N° 21.563*, p. 11.

extinción de los saldos insolutos, declarada en la sentencia dictada en el marco del incidente del art. 169 A, deba ser reiterada expresamente luego en la sentencia de término, pone en entredicho el efecto de cosa juzgada de aquella, el que queda de cierta forma “condicionado” a la precitada –e innecesaria– reiteración. ¿Qué ocurre si en la sentencia de término el tribunal omite esta declaración, hecha antes en el incidente art. 169 A?; ¿y cómo podría impugnarse además la sentencia de término que omite hacer esta declaración, previamente establecida en el proceso?; ¿se trata en ese caso de una simple omisión, que pueda subsanarse mediante la facultad del tribunal contemplada en el art. 182 CPC, considerando que ni la declaración de mala fe ni sus efectos extintivos han sido materia de esta sentencia de término, sino de otra anterior enteramente distinta?

Se trata, en fin, de una exigencia del todo innecesaria, de la que no existe mayor análisis ni discusión durante el trámite legislativo, cuya finalidad y utilidad resultan, difíciles de identificar.

II. SISTEMA DE CAUSALES DE CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DEL DEUDOR EN EL DERECHO COMPARADO

Las limitaciones al efecto del *discharge* o descarga de pasivos insolutos, no es una novedad de la LC; por el contrario, esta tardó casi 10 años en recoger la experiencia comparada acerca de este punto, que en Europa se encuentra plasmada incluso en la Directiva UE 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, “sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)”⁸.

Como se acaba de señalar, el art. 169 bis contempla causales taxativas de exclusión del beneficio de la descarga de pasivos por mala fe, como lo venían haciendo por lo demás diversas legislaciones comparadas. Así por ejemplo:

⁸ Señala el art. 23 N°s 1 y 2 de la Directiva:

1. Como excepción a lo dispuesto en los artículos 20 a 22, los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones que denieguen o restrinjan el acceso a la exoneración de deudas o revoquen dicha exoneración o que establezcan plazos más largos para la obtención de la plena exoneración de deudas o períodos de inhabilitación más largos cuando el empresario insolvente haya actuado de forma deshonesta o de mala fe, según la normativa nacional, respecto de los acreedores en el momento de endeudarse, durante el procedimiento de insolvencia o durante el pago de la deuda, sin perjuicio de las normas nacionales en materia de carga de la prueba (...).

- a) Art. 571 N° 1 de la ley colombiana N° 1.564, de 2012, acerca de procedimiento de liquidación concursal de la persona natural no comerciante:

Artículo 571. Efectos de la adjudicación.

La providencia de adjudicación produce los siguientes efectos:

1. Los saldos insolutos de las obligaciones comprendidas por la liquidación, mutarán en obligaciones naturales, y producirán los efectos previstos por el artículo 1527 del Código Civil.

No habrá lugar a este efecto si, como consecuencia de las objeciones presentadas durante procedimiento de negociación del acuerdo o en el de liquidación patrimonial, el juez encuentra que el deudor omitió relacionar bienes o créditos, los ocultó o simuló deudas. Tampoco habrá lugar a aplicar dicha regla si prosperan las acciones revocatorias o de simulación que se propongan en el curso de los procedimientos, ni respecto de los saldos insolutos por obligaciones alimentarias.

- b) Art. 280 del *Codice della crisi d'impresa* italiano, de 2019 (antes, art. 142 de la *Legge Fallimentare* de 1942):

Art. 280. Condiciones para el alivio de la deuda.

1. El deudor será admitido al beneficio de la remisión de la deuda siempre que:
a) no haya sido condenado mediante sentencia firme por quiebra fraudulenta o por delitos contra la economía pública, la industria y comercio, u otros delitos cometidos en relación con el ejercicio de la actividad de la empresa, salvo que hayan sido objeto de rehabilitación. Si se encuentran en curso procesos penales por alguno de estos delitos o se ha presentado una solicitud de una de las medidas preventivas a las que se refiere el decreto legislativo de 6 de septiembre 2011, n. 159, el beneficio solo puede reconocerse después del resultado del pertinente procedimiento;

b) no haya desviado activos ni expuesto pasivos inexistentes, causado o agravado la crisis haciendo gravemente dificultosa la reconstrucción del patrimonio y del movimiento de sus negocios fuera seriamente difícil, o hizo uso abusivo del crédito;

c) no obstaculizó ni ralentizó el desarrollo del procedimiento y ha facilitado a los organismos competentes toda la información y los documentos útiles, necesarios para su correcto funcionamiento;

d) no se haya beneficiado de ninguna otra condonación de deuda en los cinco años anteriores a la fecha límite para el alivio de la deuda;

e) no se haya beneficiado ya dos veces del alivio de la deuda (Traducción del autor).

c) Art. 213 de la ley concursal uruguaya N° 18.387, de 2008:

Artículo 213 (Conclusión del concurso por el transcurso de diez años de la suspensión).- En el caso de que hubieran transcurrido diez años de la suspensión del concurso por inexistencia o agotamiento de la masa activa, sin que se hubiera reabierto el concurso suspendido, el Juez de oficio pronunciará sentencia declarando extinguidos los créditos concursales en la parte que no hubieran sido satisfechos y dando por concluido el procedimiento. Para que opere la extinción deberán concurrir acumulativamente las siguientes circunstancias:

A) Que se trate de un concurso voluntario.

B) Que el mismo hubiera sido calificado como fortuito.

C) Que el deudor hubiera cumplido con su deber de cooperación con el alcance establecido en el artículo 53.

Si el deudor fuera persona jurídica, la sentencia la declarará extinguida, ordenando la cancelación de su personería jurídica.

d) Sección 727 del U.S. Bankruptcy Code norteamericano:

Liberación de deudas del fallido.

(a) el tribunal deberá disponer la liberación de deudas del partido, a menos que
(1) el deudor no sea una persona física;

bienes del patrimonio, luego de la fecha de inicio de la petición;

(2) el deudor, con la intención de obstaculizar, demorar o defraudar a un acreedor o un funcionario del patrimonio al cual se le ha encargado la custodia de bienes bajo este título, haya transferido, removido, destruido, mutilado, escondido, o ha permitido que fueran transmitidos, removidos, destruidos, mutilado, o escondidos
(A) bienes del deudor en el plazo de un año anterior a la fecha de presentación de la petición,

(B) bienes del patrimonio, luego de la fecha de inicio de la petición;

(3) el deudor ha escondido, destruido, mutilado, falsificado, omitido llevar preservar la información registrada correspondiente, incluidos libros, documentos, registros y papeles, de la cual pueda determinarse la situación financiera del deudor o sus transacciones de negocios, a menos que tal acto o tal incumplimiento hayan estado justificados según todas las circunstancias del caso;

(4) El deudor a sabiendas y en forma fraudulenta, ya sea en conexión con el caso o no

(A) Hecho un juramento falso o ha presentado una cuenta falsa;

(B) ha presentado o utilizado un crédito falso;

(C) ha dado, ofrecido, recibido, intentado obtener dinero, bienes, o ventajas por la promesa de dinero, bienes, o ventajas, para actuar o dejar de actuar; u

(D) ocultado un funcionario del patrimonio con derecho a la posesión bajo este título, información registrada, incluidos libros, documentos, registros y papeles, relacionados con bienes del deudor o con sus asuntos financieros; (...) (Traducción del autor).

- e) Art. 493 del texto refundido de la Ley Concursal española (TRLC), Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo:

Artículo 493. Supuestos de revocación de la concesión de la exoneración.

1. Cualquier acreedor afectado por la exoneración estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación de la exoneración del pasivo insatisfecho en los siguientes casos:

1º Si se acreditara que el deudor ha ocultado la existencia de bienes, derechos o ingresos.

2º Si, durante los tres años siguientes a la exoneración con liquidación de la masa activa, o a la exoneración provisional, en caso de plan de pagos, mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación, o por juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar la totalidad o al menos una parte de los créditos exonerados. En caso de que la posibilidad de pago fuera parcial, la revocación de la exoneración solo afectará a esa parte.

3º Si en el momento de la solicitud estuviera en tramitación un procedimiento penal o administrativo de los previstos en los ordinales 1º y 2º del apartado 1 del artículo 487, y dentro de los tres años siguientes a la exoneración en caso de inexistencia o liquidación de la masa activa, o a la exoneración provisional en caso de plan de pagos, recayera sentencia condenatoria firme o resolución administrativa firme.

2. La revocación no podrá ser solicitada una vez transcurridos tres años a contar desde la exoneración con liquidación de la masa activa, o desde la exoneración provisional en caso de plan de pagos.

- f) Sección 290 de la *Insolvenzordnung*, Alemania:

Artículo 290. Denegación de condonación de deudas residuales.

(1) La condonación de la deuda residual deberá denegarse mediante resolución si así lo ha solicitado un acreedor concursal que haya registrado su crédito y si,
1. el deudor ha sido condenado legalmente a una multa de más de 90 días o a una pena de prisión de más de tres meses por un delito previsto en los artículos 283 a 283c del Código Penal en los últimos cinco años antes de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia o después de esta aplicación,

Acerca del “incidente” de declaración de mala fe en la Ley N° 20.720. Las sombras de su diseño y sus alcances en el escrutinio de la conducta del deudor en el procedimiento concursal... / EDUARDO JEQUIER LEHUEDÉ

- 2. el deudor ha proporcionado intencionalmente o por negligencia grave información escrita incorrecta o incompleta sobre su situación económica en los últimos tres años antes de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia o después de esta solicitud para obtener un préstamo, recibir beneficios de fondos públicos o para prestar servicios a los públicos para evitar las cajas registradoras,*
- 3. (derogado)*
- 4. el deudor ha perjudicado intencionalmente o por negligencia grave la satisfacción de los acreedores de la insolvencia en los tres últimos años antes de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia o después de esta solicitud, creando obligaciones irrazonables o desperdiciando activos o abriendo el procedimiento de insolvencia sin ninguna perspectiva de mejora de su situación económica retrasó el procedimiento de insolvencia,*
- 5. el deudor ha violado intencionalmente o por negligencia grave la obligación de proporcionar información o cooperar en virtud de esta ley,*
- 6. el deudor ha facilitado intencionadamente o por negligencia grave datos incorrectos o incompletos en la declaración que debe presentar de conformidad con el artículo 287, apartado 1, frase 3, así como en las listas de sus bienes e ingresos, sus acreedores y los créditos contra él que debe presentar de conformidad con artículo 305, párrafo 1, número 3,*
- 7. el deudor infringe su obligación laboral de conformidad con el artículo 287b y perjudica así la satisfacción de los acreedores de la insolvencia; esto no se aplica si el deudor no tiene culpa. En consecuencia, se aplicarán las frases 2 y 3 del apartado 2 del artículo 296 (...) (Traducción del autor).*

III. CAUSALES DE CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DEL DEUDOR EN LA LEY N° 20.720

Se debe observar que por tratarse de causales y circunstancias que apuntan a la calificación de la conducta del deudor, esa misma naturaleza –esencialmente subjetiva– pone de cargo de quien las invoca la acreditación de sus presupuestos, para desvirtuar así la presunción general de buena fe contemplada en el art. 706 del C. Civil. Son causales, además, que solo pueden invocarse una vez declarada la liquidación concursal, privilegiándose así el ingreso expedito al concurso al no imponerse trabas, periodos de bloqueo o restricciones de acceso fundadas en la conducta previa del deudor.

1. Cuando los antecedentes documentales o la indicación de los activos del deudor informados de conformidad con los artículos 115 o 273 A, fueren incompletos o falsos.

Esta causal es similar a aquella contemplada en el art. 85 N° 5 LC, para impugnar el Acuerdo de Reorganización, y se funda en el propósito deliberado y consciente del

deudor, en cuanto a alterar la verdadera conformación de sus activos, ocultándolos total o parcialmente o adulterando la realidad en torno a ellos, al momento de solicitar su propia declaración de liquidación. En este caso, el beneficio de la descarga, en cuanto manifestación del *fresh start* que promueve la norma legal, queda proscrito para aquel deudor deshonesto, que ha actuado de forma maliciosa o gravemente negligente antes o durante el procedimiento concursal, ocultando sus bienes o falseando la información que debe proporcionar respecto de estos.

2. Cuando el deudor, dentro de los dos años anteriores o durante el Procedimiento Concursal, hubiere destruido u ocultado información o antecedentes documentales.

Como se dijo *supra*, el beneficio del *discharge* o exoneración de saldos insolutos contemplado en el art. 255 LC, y el efecto redistributivo de los riesgos de insolvencia que conlleva, ha sido concebido únicamente para aquellos deudores de buena fe, rectos en el actuar, que se han visto afectados no obstante por factores económicos exógenos o incluso estructurales, internos o externos, cuyas consecuencias generan una situación de iliquidez irremontable, e incluso para quienes han tenido una gestión de negocios deficiente o derechamente descuidada, aunque no deshonestas. Se favorece aquí, en fin, al deudor honesto, pero desafortunado⁹, de manera que no pueden alcanzar este beneficio aquellos deudores que han tenido una injerencia deliberada y determinante en la insolvencia que les afecta; o que previéndola como próxima o inminente, asumen una actitud encaminada a burlar el crédito de sus acreedores.

La causal apuntada, como se observa, no se refiere solo a la conducta del deudor durante el procedimiento de liquidación, sino también a la mostrada durante los dos años anteriores a su inicio, de lo que se desprende que el beneficio de la descarga de los saldos insolutos supone un escrutinio de su conducta –y concretamente de la administración de su patrimonio– que abarca un rango amplio de tiempo, coincidente con aquel que se establece para las acciones revocatorias concursales de carácter subjetivo que, como tales, involucran también un examen de conducta, esta vez de quienes contratan con el deudor (art. 288 LC).

La redacción de esta causal, en síntesis, lleva implícita la existencia de un verdadero deber del deudor de conocer la situación de sus bienes y negocios y de informar acerca de ella de manera veraz, completa y documentada, lo que no es más que el correlato del deber de colaboración al que nos hemos referido *supra*. La ocultación y destrucción de esa información y documentos, por tanto, debe ser en este caso de mala fe, esto es, con la deliberada intención de construir un relato alterado de su realidad patrimonial, con miras a perjudicar a sus acreedores en el marco de la liquidación concursal; y ello, como también se dijo, deberá ser acreditado por quien así lo sostenga.

⁹ Caballero, 2018, p.141.

No se trata aquí, en fin, de un eventual deber de lealtad precontractual del deudor, en cuanto a conocer e informar respecto de su situación de insolvencia patrimonial al momento de contratar, dentro de los dos años anteriores al inicio del procedimiento concursal; deber que, por lo demás, ha sido cuestionado por la doctrina, al punto de descartarlo¹⁰. Mucho más que eso; la conducta que requiere aquí la norma resulta equivalente a la mala fe propia del fraude que sustenta el ejercicio de la acción pauliana e incluso de la simulación, la que *siempre tendrá en su base el objetivo de evitar que se prive de sostén a los intereses de los acreedores o se eludan las obligaciones para con estos*¹¹.

3. Cuando el deudor, dentro de los dos años anteriores o durante el Procedimiento Concursal, hubiere realizado actos que impliquen la distracción u ocultación de bienes o derechos de su patrimonio.

La situación es similar a la anterior, aunque en este caso lo sancionado consiste en la ocultación o distracción de bienes concretos, antes o durante el procedimiento de liquidación concursal, lo que deberá ser establecido en el incidente respectivo.

Si bien esta causal resulta semejante a la consignada en el N° 4 siguiente, la diferencia parece consistir en que, en este caso, la ocultación o distracción de bienes no proviene –o al menos no necesariamente– de actos o contratos celebrados por el deudor, sino por actuaciones de hecho de este, destinadas a lograr dicho fin. Asimismo y a diferencia de las acciones revocatorias concursales subjetivas (art. 288 LC), la causal apunta únicamente a la conducta de mala fe observada por el deudor, de manera que, a diferencia de lo que ocurre en aquellas, resulta indiferente aquí si el tercer contratante ha tenido conocimiento o no del mal estado de los negocios de este, o si con dicha conducta se ha causado un perjuicio a la masa o la *par conditio creditorum* de los acreedores. Este último factor, como se dirá, puede ser significativo como elemento de cuantificación de la sanción aplicable (esto es, si la privación del *discharge* es total o parcial), mas no para la configuración misma de la causal.

4. Cuando el tribunal hubiere acogido por medio de una sentencia firme o ejecutoriada una acción prevista en el Capítulo VI.

Queda en evidencia aquí que, tratándose de las causales de revocación objetiva contempladas en el art. 287 LC, la ley presume la mala fe del deudor, de manera

¹⁰ Así, Goldenberg, 2019, pp. 102 y ss. En un sentido distinto se ha pronunciado la Corte Suprema, conociendo de una acción pauliana, donde parece sostener la existencia de una suerte de “desconocimiento culpable” del deudor, sustentado en el *deber de responder que tiene todo aquel que contrae una obligación y que, por lo mismo, también sabrá del efecto que traerá aparejado el debilitamiento en su posición económica por cada acto de disposición que realice* (Corte Suprema, 28 de mayo de 2015, casación en el fondo, Rol N° 24.381-2014).

¹¹ Corte Suprema, 28 de mayo de 2015, casación en el fondo, Rol N° 24.381-2014.

que, declarada que sea la revocación del acto o contrato por las causales allí indicadas, por sentencia firme o ejecutoriada, corresponde privar además al deudor del beneficio del *discharge*.

Llama la atención, por lo mismo, que esta causal –y sus efectos– deba ser invocada necesariamente por el liquidador, o que sea necesario que cualquier acreedor lo haga mediante la respectiva demanda incidental, y que no se faculte además al tribunal para declararla de oficio, en la misma sentencia en que acoge la acción revocatoria (art. 292 LC), considerando que es esa sentencia la que genera precisamente la configuración de dicha causal. Todavía más –y por lo mismo–, el filtro que establece aquí la norma, de incidentar lo que ha sido ya materia de una sentencia definitiva previa, amén de incongruente con el fin del instituto que se analiza, resulta innecesario e irrelevante desde la perspectiva procesal, porque aquel incidente podrá ser fallado incluso de plano por el tribunal, por constar en el proceso concursal los hechos en los que se funda (art. 89 CPC).

5. Cuando el deudor hubiere sido condenado, en el marco del mismo Procedimiento Concursal, por cualquiera de los delitos concursales previstos en el Párrafo 7 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal.

Tal como ocurre con la causal 4ª anterior, extraña que el legislador no haya mandatado en este caso al tribunal del concurso, para declarar de oficio la pérdida de ese beneficio ante una sentencia penal firme, por delito concursal. Ciertamente es que, en el caso de las causales 4ª y 5ª del art. 169 A, el tribunal resolverá el incidente de plano (art. 169 A inc. 3º), pero, aunque así sea, la iniciativa para que ello ocurra sigue radicada exclusivamente en el liquidador o en algún acreedor, pues son ellos los únicos legitimados activamente para demandar la declaración de mala fe del deudor.

Será de común ocurrencia, además, que al dictarse la resolución de término del procedimiento concursal de liquidación, el respectivo proceso penal se encuentre aún en tramitación, caso en el que la causal que se revisa pierde todo sentido y utilidad. Podrá plantearse, acaso, la posibilidad de solicitar ante el respectivo Tribunal de Garantía –una vez formalizada la investigación– o al Tribunal de Juicio Oral, según el caso (y solo ante ellos, porque el incidente de mala fe en sede concursal presupone en este caso la existencia de una sentencia penal condenatoria), que se decrete, como medida cautelar real e innominada, la suspensión del efecto extintivo de los saldos insolutos *ex* art. 255 LC, en tanto no se dicte sentencia definitiva firme en el proceso penal. Sin embargo, y más allá de la discusión en cuanto a si el art. 157 CPP tolera esta clase de medidas cautelares reales innominadas, los arts. 169 A y 255 LC hacen inviable esta alternativa cautelar, porque el efecto extintivo de los saldos insolutos se encuentra establecido por el texto expreso de la ley y opera, además, de manera automática, desde el momento mismo en que la resolución de término del procedimiento se encuentra firme y ejecutoriada. Por ello y a falta de norma legal expresa, ni el juez de lo penal ni el tribunal del concurso tienen la posibilidad de

eludir el mandato legal que establece el citado art. 255, aun cuando se encuentre en curso un proceso penal que podría terminar en condena.

Como consecuencia de lo anterior, la causal en estudio, tal como se encuentra redactada hoy, genera dos problemas adicionales:

a) Cosa juzgada y sentencias contradictorias

Hemos dicho *supra* que, de no existir en el procedimiento concursal una sentencia firme que declare la mala fe del deudor, previa demanda del liquidador o de algún acreedor, la resolución de término del procedimiento, una vez firme y ejecutoriada, produce la extinción de pleno derecho de todos los saldos insolutos del deudor, aun cuando se encuentre pendiente un juicio penal por delito concursal (pues la causal 4ª en estudio, como se dijo, presupone condena en sede penal). Se trata, por tanto, de una sentencia que produce el efecto de cosa juzgada, que podrá ser opuesta posteriormente por el deudor ante cualquier intento de cobro de dichos saldos.

Asimismo, puede ocurrir también que una vez ejecutoriada la sentencia de término ya dicha, se dicte –en el contexto del mismo concurso– sentencia condenatoria firme en sede penal, configurándose con ello, de manera sobrevenida, la causal 5ª del art. 169 A LC; causal que, sin embargo, ha perdido ya toda eficacia, al no haberse opuesto *in limine litis* de la sede concursal.

En este escenario, por tanto, existirán dos sentencias firmes y ejecutoriadas con efecto de cosa juzgada, aunque contradictorias entre sí: una –la de término del procedimiento concursal– que produce la extinción de los saldos insolutos en cuanto efecto reservado al deudor honesto y de buena fe; y la otra –condenatoria en sede penal– que constata la mala fe de ese mismo deudor, observada en el contexto del mismo concurso ahora fenecido.

b) Imposibilidad de perseguir la responsabilidad civil por el hecho punible

Este efecto colateral no es más que una consecuencia del anterior.

En este punto, debe recordarse que de conformidad al art. 59 inciso 2º del Código Procesal Penal (CPP), *durante la tramitación del procedimiento penal la víctima podrá deducir respecto del imputado, con arreglo a las prescripciones de este Código, todas las restantes acciones que tuvieron por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible. La víctima podrá también ejercer esas acciones civiles ante el tribunal civil correspondiente (...)*. El inciso 3º de la misma norma, a su vez, aclara que *[c]on la sola excepción indicada en el inciso primero, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, deberán plantearse ante el tribunal civil que fuere competente*

de acuerdo a las reglas generales. El art. 108 inc. 1° del mismo cuerpo legal, por su lado, precisa que se entiende por víctima *al ofendido por el delito*.

Según esto, por tanto, y pese a que en el caso de los delitos concursales los ofendidos serán todos los acreedores cuyos créditos resulten impagos en el concurso, a consecuencia de la conducta punible del deudor, lo concreto es que dentro del proceso penal solo podrán actuar como demandantes civiles quienes se hayan apersonado a él, como querellantes. No obstante, la dificultad no se presenta aquí, sino en la barrera que genera el efecto de cosa juzgada de la resolución de término del procedimiento concursal de liquidación, pues, ¿cómo hacer efectiva esa responsabilidad civil, que surge del delito penal, sin vulnerar en el trayecto ese efecto de cosa juzgada?

Tal como se presenta hoy el panorama normativo, en fin, las únicas alternativas viables para destrabar este verdadero acertijo jurídico parecieran ser dos:

- i. El Recurso de Revisión ante la Corte Suprema (art. 810 CPC), causales 1ª y 3ª, respecto de la resolución de término del procedimiento concursal, con la limitante temporal de un año contado desde la fecha de la última notificación de la sentencia objeto del recurso o desde que se obtiene sentencia firme en el juicio penal (art. 811 CPC).

En nuestro sistema de enjuiciamiento civil, sin embargo, el tratamiento procesal que asigna a esta acción se identifica con la nulidad procesal¹², pues el art. 815 del CPC establece que, de estimarse la revisión, lo declarará así, *y anulará en todo o en parte la sentencia impugnada*. La corte deberá declarar, además, si debe o no seguirse nuevo juicio, determinando –en el primer caso– el estado en que queda el proceso, *el que se remitirá para su conocimiento al tribunal de que proceda*.

Pues bien, ocurre que, en este caso, de extinción automática de los saldos insolutos, el efecto de la descarga ni siquiera proviene de la resolución de término en sí misma, sino que constituye una consecuencia automática de esta última, establecida no en ella, sino en el texto expreso de la ley (art. 255 LC). En el contexto de la mencionada resolución, una vez que el juez del concurso haya emitido una decisión definitiva acerca de la Cuenta Final de Administración presentada por el liquidador (artículo 254 LC), no habría aspectos pendientes de revisión. Dicho de otra forma, la naturaleza jurídica de la acción de revisión es ser una pretensión constitutiva, que tiene por objeto modificar la situación jurídica preexistente¹³; y en este caso, dicha situación no es otra que el cierre del concurso (pues es eso y nada más que eso lo que declara la resolución de término), lo que en sí mismo

¹² Carrasco, 2021, p. 419.

¹³ Carrasco, 2021, p. 422.

- no envuelve ilicitud alguna. La nueva sentencia que debiese dictar el juez del concurso, por efecto de la acción de revisión acogida, sería de hecho la misma.
- ii. Por lo dicho, y siendo el problema planteado de origen esencialmente normativo y de diseño legal, resulta indispensable que sea el mismo legislador quien arbitre la solución al mismo; y la vía para hacerlo, nos parece, consiste en que la ley autorice expresamente al juez en lo penal para suspender, por vía cautelar y conforme con los antecedentes de la investigación, los efectos extintivos que predica el art. 255 LC, en tanto y en cuanto no se dicte sentencia penal firme. La ley concursal, por su lado, debe prever también esta posibilidad, supeditando en estos casos, en que se haya decretado una medida cautelar en sede penal, la materialización del *discharge* a las resultas de ese proceso.

IV. ASPECTOS PROCESALES

1. Oportunidad para demandar la declaración de mala fe del deudor y sujetos legitimados

Según señala el art. 169 A LC, la demanda incidental de declaración de mala fe podrá presentarse *En cualquier etapa del procedimiento y mientras no se encuentre firme o ejecutoriada la resolución de término*. En el caso del procedimiento de liquidación forzosa, ordinario o simplificado, se debe observar que si bien el texto legal permite presentar la demanda incidental una vez iniciado el procedimiento, con la respectiva solicitud de liquidación, resulta evidente que su causa de pedir supone la dictación de la resolución de liquidación, una vez rechazada –en su caso– la oposición del deudor. En caso contrario, la mala fe del deudor resulta irrelevante, al menos para estos efectos concursales.

En cuanto a la legitimación activa para iniciar este procedimiento incidental, y como se adelantó *supra*, la norma legal la establece como una obligación del liquidador, en conformidad con lo que dispone a su turno el art. 36 N° 3 LC y a su calidad de representante judicial y extrajudicialmente los intereses generales de los acreedores, en cuanto puedan interesar a la masa.

Reiteramos, además, lo señalado al revisar las causales 4ª y 5ª del art. 169 A, y la inconsistencia que implica privar al juez del concurso de la posibilidad de declarar de oficio en estos casos la extinción del beneficio del *discharge*, sin necesidad de pasar por el filtro procesal previo de la demanda incidental de mala fe.

V. TRAMITACIÓN

Señala respecto de este punto el art. 169 A:

La solicitud a que se refiere el presente artículo se tramitará en cuaderno separado como incidente. La prueba se valorará de conformidad con las reglas de la sana crítica. En todo lo demás regirán las normas del Título IX del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil.

Tratándose de la circunstancia descrita en los numerales 4) y 5) del inciso primero, el tribunal resolverá la solicitud de plano.

Tal como ocurre en el denominado “incidente” acerca de reclamos de dominio, posesión y mera tenencia de bienes incautados o solicitados entregar (art. 131 LC) al que nos hemos referido en otra ocasión¹⁴, tampoco en este caso se trata de un incidente propiamente tal, en cuanto cuestión accesoria al procedimiento concursal, sino de un procedimiento independiente con autonomía propia, que apunta no al logro de los objetivos del concurso –o al menos no directamente, más allá del desincentivo que puede generar en el deudor de mala fe–, sino a sancionar al deudor deshonesto de manera tal que, al no extinguirse los saldos insolutos dentro del concurso, estos créditos puedan ser perseguidos precisamente fuera de él, una vez terminado por sentencia firme.

2. Alcances de la sentencia: privación total o parcial del efecto extintivo o descarga de deudas

Señala respecto de esto la norma legal:

La resolución que acoja la solicitud y determine la mala fe del deudor, deberá, valorando la gravedad de los hechos, determinar que, al término del procedimiento, no se extinguirán los saldos insolutos o solo se extinguirá un porcentaje a prorrata respecto de todos los acreedores. Esta resolución solo producirá los efectos señalados en este inciso.

Llama la atención el distingo que hace aquí la norma, en cuanto a la posibilidad que tiene el juez de disponer alternatively una privación completa o solo “porcentual” del beneficio de descarga. Como ya se dijo, el fundamento de esta nueva figura radica en la conducta de mala fe del deudor, y esta, en cuanto tal componente subjetivo, no admite matices ni disquisiciones: la conducta es o no es reproachable al

¹⁴ Jequier, 2024, pp. 121-140.

tenor de las causales establecidas, sin que pueda concebirse el estadio intermedio al que parece aludir la norma, de mala fe a medias. Dicho de otra forma, así como la descarga que predica el art. 255 LC es completa –salvo las excepciones puntuales introducidas por la Ley N° 21.563–, así también debiese serlo la privación de dicho beneficio, frente al disvalor de la conducta del deudor; o como apunta Alarcón, “en el procedimiento, la conducta contraria a la buena fe perjudica o no perjudica, es abusiva o no lo es, con lo que solo es admisible una denegación total o una no denegación de la descarga, pero no parcial”¹⁵.

La respuesta a esta aparente inconsistencia, entonces, y la referencia que hace la norma legal a la valoración de *la gravedad de los hechos*, no debe buscarse en la cualificación de la conducta del deudor mirada en sí misma, como más o menos grave o reprochable, sino en las consecuencias que ella produce para los acreedores y en la entidad de los perjuicios que acarrea, de manera tal que la sanción que se aplique finalmente resulte proporcional, justa y razonable; y es que no es igual, por ejemplo, que el deudor oculte o entregue información falsa respecto de una parte exigua e intrascendente de sus bienes, a que lo haga respecto de una porción relevante y significativa de ellos, con el consiguiente perjuicio para la masa de acreedores.

La proporcionalidad apuntada, por tanto, implica que el juez debe ponderar la extensión del perjuicio causado por la conducta de mala fe del deudor, de modo de ajustar la sanción aplicable a la entidad del mismo, tomando como base de análisis el contexto colectivo que plantea la misma norma (*respecto de todos los acreedores*); pero insistimos: si lo que se quiso sancionar –como se dijo reiteradamente durante el trámite legislativo– es el abuso del procedimiento concursal de liquidación por parte del deudor de mala fe, más allá del perjuicio causado, lo cierto es que esta facultad del juez, de graduar porcentualmente la extensión de la sanción, no deja de resultar confusa, si no contradictoria.

La norma, además, no entrega pautas que le permitan al juez ajustar de manera objetiva el cálculo porcentual a que se refiere, lo que amén de abrir un espacio de discrecionalidad jurisdiccional –y precisamente por ello–, hace especialmente necesaria la debida justificación de dicho porcentaje en cada caso, para evitar eventuales vicios de casación formal.

Por último, la Ley N° 21.563, al crear este nuevo arbitrio procesal, se ha limitado a establecer la sanción antes mencionada, de privar al deudor de mala fe de los beneficios del *discharge*. No se contempla, por tanto, un régimen de responsabilidad directa de quienes hayan participado en las conductas descritas en la ley, que permita suplir por esa vía el déficit concursal; máxime si, precisamente, el resultado de este incidente de mala fe consiste en que los saldos insolutos no se extinguen. A modo de ejemplo, en el caso de las personas jurídicas, el art. 456 del TRLC español

¹⁵ Alarcón, 2023, p. 80.

hace personalmente responsables por el déficit concursal, solidariamente o no, a los administradores, liquidadores, administradores de hecho o directores generales de la persona jurídica concursada, en caso de calificarse el concurso como culpable (cuyas causales, nuevamente, se fundan en la conducta de mala fe)¹⁶; figura que, amén de constituir un desincentivo para el uso abusivo del procedimiento concursal, permite realizar sus fines dentro de este, más allá de las sanciones penales o de otra índole que pudieren configurarse. Lo propio ocurre en el derecho francés¹⁷, en Uruguay¹⁸ y en Colombia¹⁹, por nombrar algunos.

¹⁶ Dice en lo pertinente esta norma:

Artículo 456. Condena a la cobertura del déficit.

1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia.

¹⁷ Señala el art. 651-2 inc. 1° del *Code de Commerce*:

Cuando la liquidación judicial de una persona resulte de una falta de activos, el tribunal podrá, en caso de error de gestión que haya contribuido a esta falta de activos, decidir qué importe de esta falta de activos se soportará, total o parcialmente, por todos los administradores de derecho o de hecho, o por algunos de ellos, que han contribuido al fracaso de la gestión. En caso de pluralidad de administradores, el tribunal podrá, mediante resolución motivada, declararlos solidariamente responsables.

¹⁸ El art 201 de la ley concursal uruguaya, N° 18.387 de 2008, dispone que si se declara como culpable el concurso de una persona jurídica, *la sentencia de calificación podrá contener, además, la condena a los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, e integrantes del órgano de control interno, o a algunos de ellos, a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva.*

¹⁹ Señala la ley colombiana de Insolvencia Empresarial, N° 1116, de 20 de junio de 2012:

Artículo 82. Responsabilidad civil de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados. Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad los socios que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, será presumida la culpa del interviniente. Igualmente, serán tenidas por no escritas las cláusulas contractuales que tiendan a absolver a los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

La demanda deberá promoverse por cualquier acreedor de la deudora y será tramitada por el proceso abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil, ante el juez del concurso, según

3. Recursos

Por último, señala la ley que: *La resolución que falle este incidente será apelable en el solo efecto devolutivo*, lo que deja en evidencia el propósito del legislador en cuanto a reforzar los alcances del principio general de la buena fe y, concretamente, los efectos del *discharge*, en cuanto principio concursal subyacente, que apunta a favorecer el reemprendimiento del deudor de buena fe, en tanto la situación contraria –la mala fe– no quede establecida como verdad procesal inamovible, mediante sentencia firme y ejecutoriada.

Tratándose además de un procedimiento principal y autónomo dentro del procedimiento concursal, la sentencia que falla este denominado “incidente” tiene la naturaleza jurídica de una sentencia definitiva, mas no de una interlocutoria. El matiz en este caso, sin embargo, no resulta determinante, pues el art. 169 A hace expresamente admisible el recurso de apelación; mientras que el recurso de casación será también admisible, sea que se considere como sentencia definitiva o interlocutoria que pone término al juicio o hace imposible su continuación (arts. 766 y 767, CPC).

CONCLUSIONES

Tras poco menos de 10 años de vigencia de la Ley N° 20.720, la Ley N° 21.563 introduce en el ordenamiento jurídico chileno un instituto de amplia aplicación en el derecho comparado, que apunta a prevenir –a modo de desincentivo– y en su caso a neutralizar –por vía de sanción– la mala fe del deudor y el abuso del procedimiento concursal, en aquellos casos en que se lo instrumentaliza para burlar el derecho de prenda de los acreedores. Su reconocimiento en Chile, además, resulta especialmente relevante, debido a la débil regulación del presupuesto objetivo del concurso y, con ello, la inexistencia de barreras de acceso al mismo, lo que permite y facilita el mal uso del procedimiento concursal de liquidación voluntaria, con miras a una rápida descarga de los pasivos insolutos que este procedimiento contempla.

La nueva regulación, aunque necesaria y bienvenida, presenta no obstante dificultades, inconsistencias y vacíos que merman su aplicación y eficacia, lo que no solo hace necesario recurrir a ejercicios interpretativos que ilustren acerca del sentido y alcance de su regulación, sino también la revisión de *lege ferenda* de su diseño actual, para hacer viable, entre otros aspectos, la aplicación de algunas de las causales de mala fe contempladas en el art. 169 A nuevo de la LC, y para admitir la intervención

sea el caso en uso de facultades jurisdiccionales y en trámite independiente al de la insolvencia, el cual no será suspendido.

La responsabilidad aquí establecida será exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario.

oficiosa del tribunal del concurso, de cara a la privación del beneficio del *discharge*, en aquellas situaciones en que se ha emitido ya un pronunciamiento jurisdiccional que acredite los presupuestos configuradores de la causal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CABALLERO G., G. (2018). Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal. *Revista Ius et Praxis*, año 24, N° 3, pp. 133-172.
- CABALLERO G., G. (2018). Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal. *Revista Ius et Praxis*, año 24, N° 3, pp. 133-172.
- CABALLERO G., G. Y GOLDENBERG S., J. L. (2021). Los efectos de la extinción de los saldos insolutos en el concurso sobre las garantías otorgadas por terceros. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 36, pp. 41-77.
- CARRASCO P., J. (2021). Algunas reflexiones sobre la acción de revisión civil. Su naturaleza jurídica y los efectos que genera su estimación. *Revista Actualidad Jurídica*, N° 45, pp. 407-430.
- GOLDENBERG S., J. L. (2019). ¿Existe un deber del deudor de conocer e informar su situación de insolvencia al tiempo de contratar? *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXXII, N° 2, pp. 101-121.
- JEQUIER L., E. (2016). *Curso de Derecho Comercial*, Tomo II, vol. 1. Santiago, Thomson Reuters.
- JEQUIER L., E. El nuevo régimen de solución de conflictos sobre administración, dominio, posesión y mera tenencia en la Ley N° 20.720, y las consecuencias de someter a un mismo procedimiento materias de distinta naturaleza. *Revista Ius et Praxis*, vol. 30, N° 3, pp. 121-140.

NORMAS LEGALES CITADAS

- Codice della crisi d'impresa*. Italia, 12 de enero de 2019.
- Code de Commerce*. Francia, 14 de diciembre de 2000.
- Insolvenzordnung*. Alemania, 5 de octubre de 1994.
- Ley N° 1.552, Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial, 30 de agosto de 1902.
- Ley N° 19.696, Código Procesal Penal. Diario Oficial, 12 de octubre de 2000.
- Ley N° 18.387, Ley Concursal. Uruguay, 23 de octubre de 2008.
- Ley N° 1.564, sobre Procedimiento de Liquidación Concursal de la persona natural no comerciante. Colombia, 21 de diciembre de 2012.
- Ley N° 1.116, que establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Colombia, 20 de junio de 2012.

Acerca del “incidente” de declaración de mala fe en la Ley N° 20.720. Las sombras de su diseño y sus alcances en el escrutinio de la conducta del deudor en el procedimiento concursal... / EDUARDO JEQUIER LEHUEDÉ

Ley N° 20.720, que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo. Diario Oficial, 9 de enero de 2014.

Texto refundido de la Ley Concursal española (TRLR), Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

Ley N° 21.563, que moderniza los procedimientos concursales contemplados en la Ley N° 20.720 y crea nuevos procedimientos para micro y pequeñas empresas. Diario Oficial, 10 de mayo de 2023.

U.S. Bankruptcy Code. EE.UU., 11 de octubre de 1979.

OTROS

Directiva UE 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, “sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)”.

Historia de la Ley N° 20.720. Biblioteca del Congreso Nacional.

Historia de la Ley N° 21.563. Biblioteca del Congreso Nacional.

ESTATUTO JURÍDICO DE LA VENTA DE MASCOTAS Y ANIMALES DE COMPAÑÍA. SU FISCALIZACIÓN EN CHILE

*Claudia Cádiz González**

RESUMEN

El siguiente escrito aborda el tema de las falencias en la fiscalización a criaderos y centros de venta de animales en Chile en la actualidad. Lo anterior se sustenta en cifras y casos que dejan a la vista que en Chile la fiscalización en muchos casos simplemente no se realiza. Esta inoperancia del sistema genera varias consecuencias, tales como el establecimiento de criaderos fuera de norma y en los que se evidencian graves faltas a la Ley N° 21.020, acerca de tenencia responsable de mascotas y animales de compañía. Muchos de los animales dentro de los criaderos ilegales sufren daños físicos y psicológicos irreparables, relacionados con la falta de alimento, enfermedades no tratadas, golpes, entre otros vejámenes. Es importante ofrecer una visión acerca de lo que está generando el problema y cómo los ciudadanos pueden participar activamente por medio de la denuncia y la adopción responsable de mascotas.

Palabras clave: Fiscalización, tenencia responsable, mascotas y animales de compañía, criaderos, maltrato animal.

I. INTRODUCCIÓN

I.a. Objetivos y relevancia del tema

El tema seleccionado para la realización de esta investigación es significativo para muchas personas que comparten un sentimiento: el amor hacia las mascotas, ya sean estas perros, gatos u otros animales de compañía. Lo anterior se puede sustentar en las cifras obtenidas por un estudio realizado por la Subsecretaría de Desarrollo

* Estudiante de Derecho. Universidad San Sebastián. Correo electrónico: ccadizg1@correo.uss.cl

Regional y Administrativo (Subdere) y la Pontificia Universidad Católica de Chile (PUC) en el 2021. En el boletín técnico emitido por ambas instituciones se declaró que hay 4.916.792 viviendas con mascotas y el principal motivo declarado por las personas (el 89,1% de los encuestados) para tener una mascota es como animal de compañía (Subdere y PUC, 2016)¹. Son estas cifras, por tanto, las que sustentan la importancia de esta investigación.

El siguiente escrito abarca como objetivo general determinar que en Chile no existe una fiscalización eficiente que regule la venta de mascotas y animales de compañía, por lo que se sugiere la creación de un órgano estatal que realice esta función. Además, se desarrollarán los siguientes objetivos específicos:

1. Conocer y analizar los aspectos generales de la compraventa de animales de compañía en Chile.
2. Conocer algunos aspectos jurídicos relacionados con la fiscalización de criaderos y centros de venta de animales en Chile y falencias asociadas.
3. Determinar las implicancias éticas de la compraventa de mascotas.

I.b. Antecedentes históricos respecto de la legislación animal en Chile

Chile es considerado un país bastante atrasado en materia de protección animal. Antes del 2009 no existen antecedentes relacionados con proyectos vinculados a la protección de estos seres. De hecho, el artículo 567 del Código Civil prescribe que los animales tienen el estatus jurídico de *cosas muebles semovientes* (que se mueven por sí mismos) (Boletín N° 14993-12). Otro antecedente importante es que los daños producidos por un animal que tuviera dueño generaban una responsabilidad extracontractual, por el daño de las cosas y, en consecuencia, una indemnización de perjuicios a la persona afectada por dicho animal.

En el 2009, un grupo de senadores inició la tramitación de un proyecto de ley llamado “Proyecto de Ley sobre responsabilidad por daños ocasionados por animales potencialmente peligrosos” (Leiva, 2018). Sin embargo, a raíz del gran aumento de animales de compañía en los hogares de los chilenos, que no se catalogan como peligrosos, los legisladores se dieron cuenta de que existía la necesidad de implementar normas que establecieran la tenencia responsable de estos animales. Surge entonces la **Ley N° 20.380, Sobre protección de animales**, la que fue promulgada el 11 de septiembre del 2009. Anterior a la creación de esta ley, los animales eran considerados cosas, que estaban a disposición de sus dueños (Ponce de León, 2019). Sin embargo, en el artículo 2° de la Ley N° 20.380, se incita a la protección de los animales como seres vivos y sensibles.

¹ Se cita de esta manera para acortar la extensión del nombre de las organizaciones consultadas.

Tras varios años sin avances en el Congreso respecto de la legislación animal, se crea la **Ley N° 21.020, Sobre tenencia responsable de mascotas y animales de compañía**. Esta Ley surge a raíz de un mediático caso de maltrato animal, ocurrido el 29 de diciembre del 2016, en la comuna de Recoleta. El caso se dio a conocer en primera instancia mediante un video que circuló en redes sociales. En el video se observaba a un grupo de personas golpeando brutalmente con palos y otros objetos contundentes a un perro comunitario de avanzada edad, hasta darle muerte. El perro se llamaba Cholito.

II. CUERPO

II.a. Aspectos generales de la compraventa de mascotas y animales de compañía en Chile

La **tenencia responsable de mascotas** es el “conjunto de obligaciones que contrae una persona cuando decide aceptar y mantener una mascota o animal de compañía, y que consiste, entre otras, en registrarlo ante la autoridad competente cuando corresponda, proporcionarle alimento, albergue y buen trato, brindarle los cuidados veterinarios indispensables para su bienestar y no someterlo a sufrimientos a lo largo de su vida” (Ley N° 21.020, artículo 2°, N° 7).

El concepto de tenencia responsable de mascotas es un avance significativo en la legislación chilena respecto del derecho animal. La abogada y académica de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Sandra Ponce de León, señala que “antes de esa ley (Ley N° 21.020), no es que no existiera regulación, pero era principalmente de tipo sancionadora”. Esto quiere decir que la legislación vigente antes de la Ley Cholito, se basaba solo en la regulación de ciertos actos que conllevaran sanciones, sin existir un estatuto legal que le otorgara protección al animal por medio de las obligaciones del dueño (profesor Carlos Villarroel)².

En la actualidad, la conciencia por el bienestar animal y el desprecio hacia el maltrato de estos seres se han generalizado. Sin embargo, “las cifras de maltrato y comercio de mascotas siguen siendo significativas” (Sánchez y Reyes, 2021, párr. 1). Lo anterior motivó al diputado Karim Bianchi Retamales a proponer, en el 2021, un proyecto de ley que prohíbe los criaderos de mascotas o animales de compañía y que los locales de venta de estos se encuentren ubicados al interior de un centro comercial.

La idea matriz consideraba que el funcionamiento de criaderos y de locales de venta de mascotas y animales de compañía dentro de centros comerciales atenta contra

² Explicación otorgada por el profesor Carlos Villarroel, en sesión de revisión preliminar del trabajo de investigación (Fecha: miércoles 6 de noviembre de 2024).

el bienestar animal y la tenencia responsable (Bianchi, 2021). Sin embargo, este proyecto de ley no prosperó. En Chile es legal la compraventa de mascotas en criaderos registrados y que cumplan con los estándares para asegurar el bienestar animal. “La venta ambulante de mascotas y no ser un criadero registrado ante la municipalidad correspondiente, es considerado comercio ilegal” (Sánchez y Reyes, 2021, párr. 11).

En el Título VIII de la Ley Nº 21.020, específicamente en el artículo 25, se establecen las condiciones y obligaciones que deben cumplir los lugares donde se comercializan mascotas. Citamos dicho artículo a continuación:

Artículo 25.- Los locales de venta y crianza de mascotas o animales de compañía estarán a cargo de un médico veterinario.

Estos locales tendrán la obligación de llevar un registro en que consten los datos que determine un reglamento del Ministerio de Salud, así como los controles periódicos a que deban someterse los animales.

Los dueños de criaderos y los vendedores de mascotas o animales de compañía de la especie canina que sean considerados como potencialmente peligrosos deberán inscribirse en el Registro Nacional de Criadores y Vendedores de Animales Potencialmente Peligrosos de la Especie Canina a que se refiere el artículo 15³.

Corresponderá al médico veterinario a cargo de estos locales asegurar que los animales que salgan del establecimiento cuenten con las vacunas y tratamientos antiparasitarios correspondientes a la edad y especie de que se trate.

Los dueños de criaderos y los vendedores de mascotas o animales de compañía, de la especie canina y felina, deberán esterilizarlos antes de su entrega a cualquier título, a menos que el adquiriente sea otro criadero debidamente establecido e inscrito en el registro pertinente.

Se deberá entregar por escrito al comprador completa información sobre la tenencia responsable del animal, el manejo sanitario y la alimentación requerida por la especie, así como de las disposiciones de esta ley.

(Ley Nº 21.020, 2017)

La ley acerca de tenencia responsable de mascotas y animales de compañía no solo establece las obligaciones citadas anteriormente, sino que también define tres conceptos fundamentales para la discusión de este tema: *centros de mantención temporal de las mascotas o animales de compañía*, *criador* y *criadero*. Dentro de los lugares considerados como *centros de mantención temporal* se encuentran los criaderos de animales de compañía, que generalmente también son centros de exposición y venta (Ley Nº 21.020, 2017). El *criador* “es el propietario de la hembra al momento del parto de esta” (Ley Nº 21.020, 2017), y el *criadero* es el lugar físico donde un criador posee tres o más hembras con fines reproductivos (Ley Nº 21.020, 2017).

³ Revisar dicho artículo en el siguiente *link*: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1106037>

De los conceptos definidos anteriormente, específicamente el de criador y el de criadero, se deriva una de las críticas a la Ley Cholito. Según Carolina Leiva (2018), no se establece una relación explícita entre ambos conceptos, lo que conlleva a confusiones respecto de las responsabilidades de un criador y el dueño de un criadero. Además, no se introduce en la definición que el dueño de un criadero puede tener ánimo de lucro y que para ello se requieren condiciones mínimas y necesarias para el establecimiento de dicho lugar. Otra crítica a la ley surge a raíz de que no se establece la cantidad de médicos veterinarios que deben trabajar en el criadero. Se debería asignar la cantidad de veterinarios en función de la cantidad de animales que residan en el criadero, para garantizar que las mascotas estén en óptimas condiciones y se puedan cubrir todas sus necesidades.

II.b. La fiscalización en Chile y sus falencias

El ente estatal a cargo de llevar a cabo la fiscalización de criaderos de mascotas y animales de compañía es la Municipalidad (según la Ley N° 21.020). Sin embargo, existen otros entes fiscalizadores, tales como las seremis de Salud (autoridad sanitaria) y Carabineros de Chile, quienes tienen la obligación de derivar los casos de maltrato animal al Ministerio Público para una investigación penal (Tenencia responsable, 2024).

Tareas específicas de los entes fiscalizadores⁴

1. Municipalidades:

Ante una denuncia de infracción, deben fiscalizar a tenedores particulares, criaderos, vendedores de mascotas y otros lugares donde se mantengan animales de compañía.

2. Carabineros de Chile:

Fiscalizan de acuerdo con la Ley N° 18.287, sobre Juzgados de Policía Local. Cuando detectan infracciones o faltas, deben denunciarlas al juzgado y citar al infractor. Ante delito flagrante, están facultados para actuar interrumpiendo el desarrollo del ilícito.

3. Autoridad sanitaria:

Fiscaliza las condiciones de higiene y seguridad de acuerdo con la Norma Técnica N° 228/2022 del Minsal, la Ley N° 21.020 y el Código Sanitario.

⁴ Información extraída desde Instagram: Tenencia responsable [@mascotagob], publicada el 11 de noviembre de 2024. https://www.instagram.com/p/DCPnCDYB_-n/?igsh=MWx1cDk0czBuY2dqbw==

Sin embargo, muchos expertos han cuestionado el rol que tienen las municipalidades en estas tareas. Carolina Leiva, abogada experta en Derecho animal, afirma que “la carga atributivamente obligacional impuesta, particularmente a las municipalidades, escapa en demasía a sus capacidades presupuestarias y de gestión”. Este punto es el que ha causado mayor polémica desde el establecimiento de la ley. Lo anterior permite afirmar que en Chile no existe una fiscalización eficiente que regule la venta de mascotas y animales de compañía, por lo que se propone crear un órgano estatal de protección animal, que realice fiscalizaciones periódicas y exhaustivas a los criaderos y centros de venta animal.

La fiscalización de los criaderos y lugares de comercialización de mascotas es fundamental para evitar el sufrimiento de estos seres. Sin embargo, en muchas ocasiones, la norma es inaplicable (falta de financiamiento y gestión). Los animales podrían verse expuestos a situaciones tales como: hacinamiento, desnutrición, explotación reproductiva, entre otras vulneraciones. Son los Juzgados de Policía Local los encargados de la resolución de cada caso particular.

En el artículo 31 de la llamada Ley Cholito se exponen las sanciones a las que se arriesgan los lugares de venta de mascotas que no cumplan con la tenencia responsable. “Se podrán aplicar multas de hasta cincuenta unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, la multa se elevará al doble. Además de ello, se podrá imponer la clausura temporal, hasta por tres meses, o la clausura definitiva del establecimiento” (Ley N° 21.020, 2017). Sin embargo, como veremos a continuación, es tal la falta de gestión o fiscalización por parte de las municipalidades, que muchas veces, a pesar de las múltiples denuncias realizadas por los vecinos de los criaderos que no están cumpliendo con los principios de tenencia responsable, estas denuncias quedan en nada.

II.c. El caso del criadero ilegal en Providencia

En julio del 2019 se hizo público un terrible caso de maltrato animal en la comuna de Providencia. Un hombre llamado Claudio Javier Parra Hidalgo mantenía a 66 perros, siete gatos y siete aves en condiciones de hacinamiento y extrema insalubridad. “La mayoría de estos animales se encontraban encerrados en jaulas, con 3 a 5 ejemplares en cada una, con fecas y orines en jaulas y piso del inmueble” (Pinto, 2021, párr. 4)⁵.

Esta situación fue descubierta luego de que los vecinos denunciaran que desde la casa del acusado emanara un hedor insoportable. Allí acudió personal municipal, Bomberos y Carabineros de Chile, con el objetivo de evaluar la situación y descubrir la procedencia del terrible olor. Al ingresar al inmueble, las policías encontraron a

⁵ Artículo extraído desde el sitio web de la *Revista Mestizos Magazine*, categoría Actualidad animal (Consultado el 28 de octubre de 2024)

todos los animales y de inmediato se tomaron las acciones correspondientes para acusar al dueño de la casa por maltrato animal.

Esta vivienda no tenía ninguna autorización para funcionar como criadero o como centro temporal de mascotas (Pinto, 2021). Todas las mascotas tenían graves afectaciones en su salud, debido a parásitos, deshidratación, lesiones sin tratamiento veterinario, entre otras vulneraciones a su salud e integridad (Pinto, 2021). Este caso deja en evidencia de forma empírica las falencias relacionadas con la fiscalización por parte de las municipalidades, ya que, tras varias denuncias, se hizo caso omiso ante la terrible situación que vivían estos animales.

II.d. Criaderos ilegales: implicancias éticas

La compraventa de mascotas y animales de compañía es una “industria” que está estimulada por el consumismo, la moda de tener cachorros de razas (causada por películas, series, otros) y la ignorancia respecto de los orígenes y condiciones en los que nacen los animales que posteriormente son vendidos. “Como resultado, la industria de las fábricas de cachorros sigue prosperando y repitiendo el ciclo de maltrato” (Pinto G., 2024, párr. 4).

El problema ético y social de esta industria radica en que varios aspectos del bienestar animal se ven vulnerados. En los criaderos ilegales se pueden observar prácticas de explotación reproductiva, donde “las perras reproductoras son abligadas a tener camada tras camada, sin descanso ni cuidados adecuados” (Pinto G., 2024, párr. 2). Otra práctica cuestionable es el desapego prematuro de la madre con sus crías, lo que generará en estas consecuencias mentales, que posteriormente se expresarán en problemas de comportamiento.

Estas terribles prácticas son solo algunas de las registradas en distintos criaderos que finalmente (y tardíamente) fueron fiscalizados. Muchas veces se repite que en estos lugares los animales viven en condiciones de humedad, desnutrición, infestados de parásitos (esta situación puede provocar problemas en los humanos) y con lesiones en su piel. En muchos casos, las cruas excesivas y entre parientes provocan enfermedades genéticas en los cachorros y estos viven con dolorosas enfermedades o mueren a los pocos meses de nacer. Todos estos terribles padecimientos se podrían evitar si se creara un ente estatal dedicado exclusivamente a realizar fiscalizaciones periódicas en los criaderos legales y revisaran las denuncias de supuestos criaderos ilegales. Sin embargo, también la sociedad y cada persona es responsable de informarse y plantearse la opción de adoptar antes que comprar, ya que de esta forma disminuiría la demanda de cachorros y, en consecuencia, la oferta de estos.

III. CONCLUSIONES

A partir de los objetivos planteados y la investigación llevada a cabo, se exponen las siguientes conclusiones:

- 1) Se puede afirmar que en Chile no se efectúa una fiscalización eficiente en los lugares que realizan ventas de mascotas y animales de compañía, por lo que se sugiere la creación de un órgano estatal que realice esta tarea de forma exclusiva y responda a las denuncias realizadas por la comunidad.
- 2) Las falencias asociadas a la fiscalización realizada por las municipalidades se relacionan con la falta de financiamiento y gestión.
- 3) Es fundamental que las personas antes de comprar una mascota se informen de las condiciones en las que se encuentra la madre del cachorro y en el caso de observar prácticas inadecuadas, se realice la denuncia correspondiente.
- 4) Se sugiere considerar la adopción antes que la compra de una mascota o animal de compañía, para desincentivar la “industria” de la venta de animales y las prácticas crueles a las que muchas veces son sometidos estos seres.

REFERENCIAS

- BIANCHI, K. (2021). “Proyecto de ley que prohíbe los criaderos de mascotas o animales de compañía y que los locales de venta de mascotas o animales de compañía se encuentren ubicados al interior de un centro comercial”. <chrome-extension://efaidnbmninnnigbpajpcgclclefindmkaj/https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/64527/65/14490-11.pdf>
- LA TERCERA (2019). *A diez años de la ley que estableció en Chile la protección a los animales “como seres vivientes y sensibles”*. Consultado el 22 de octubre de 2024, de <https://www.latercera.com/que-pasa/noticia/proteccion-a-los-animales-como-seres-vivientes-y-sensibles/798809/>
- LEIVA, C. (2018). “Ley de tenencia responsable de mascotas y animales de compañía, N° 21.020-2017. ¿Constituye realmente un avance? Análisis crítico de sus puntos más oscuros”. *Derecho Animal* (Forum of Animal Law Studies), 9(4), pp. 51-61. <https://doi.org/10.5565/rev/da.352>
- LEY N° 20.380, SOBRE PROTECCIÓN DE ANIMALES (3 de octubre de 2009). En Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1006858>
- LEY N° 21.020, SOBRE TENENCIA RESPONSABLE DE MASCOTAS Y ANIMALES DE COMPAÑÍA (2 de agosto de 2017). En Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1106037>
- PINTO, I. (2021). “Criadero ilegal en Providencia: Acá te contamos el caso de maltrato animal”. *Mestizos Magazine*. Consultado el 28 de octubre de 2024, de <https://>

www.mestizos.cl/actualidad-animal/2021/09/10/criadero-ilegal-en-providencia-aca-te-contamos-el-caso-de-maltrato-animal.html

PINTO, I. (2024). “Fábrica de cachorros” (Editorial). *Mestizos*, N° 122, p. 4. <https://www.mestizos.cl/revistas/2024/10/11/edicion-122.html>

SÁNCHEZ, G. y REYES, D. (2021). “Comercio de perros de raza: Comprar un integrante de la familia”. *Doble espacio*. Consultado el 23 de octubre de 2024, en <https://doble-espacio.uchile.cl/2022/04/22/comprar-un-integrante-de-la-familia/>

SUBSECRETARÍA DE DESARROLLO REGIONAL Y ADMINISTRATIVO (2022). *Boletín técnico*: “Estimación de la población canina y felina del país y diagnóstico de la tenencia responsable”. <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://proactiva.subdere.gov.cl/bitstream/handle/123456789/610/4.%20Bolet%C3%ADn-T%C3%A9cnico-Estudio-poblaci%C3%B3n-PTRAC.pdf?sequence=10&isAllowed=y>

TENENCIA RESPONSABLE [@MASCOTAGOB]. (11 de noviembre de 2024). *¿Cómo se fiscaliza y sanciona la Ley Cholito?* [Fotografía]. Instagram. https://www.instagram.com/p/DCPnCDYB_-n/?igsh=MWx1cDk0czBuY2dqbw==

VILLARROEL, C. (2024). Explicación consultada en clases el día 13 de noviembre.

REFLEXIONES Y PROPUESTAS AL FENÓMENO DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR. UNA MIRADA DESDE CHILE

*Jaime Abedrapo**

INTRODUCCIÓN

Una democracia sustentada en cimientos valóricos, y no solo procedimentales, debe mantener frente al fenómeno migratorio mundial una mirada amparada en la protección de la dignidad de la persona humana (de los inmigrantes y los connacionales).

El desafío requiere ser asumido desde un enfoque de derechos y obligaciones. En efecto, nada genera más incertidumbre y desazón en los inmigrantes y entre los ciudadanos que las políticas indefinidas y las vocerías desconcertantes que, por un lado, bregan por los derechos de los inmigrantes sin importar si su ingreso fue por vía formal o irregular, pero, por otro, no hacen los ajustes necesarios en las políticas públicas en educación, vivienda, salud, empleo y las demás demandas de las personas inmigrantes. Con dicha actitud, a poco andar, la ciudadanía considera a los inmigrantes como una amenaza, abriendo un conflicto social por causa de la irresponsabilidad de los gobernantes. En este sentido, debemos ser capaces de establecer normas claras respecto de los derechos y obligaciones de los inmigrantes, siendo categóricos en el desincentivo al ingreso irregular al país.

Cuando el mensaje de las autoridades es confuso y la legislación laxa, se amplifica el *efecto de llamado* hacia las personas que por distintas razones emigran de sus países. Esa ha sido una de las realidades que explica el fenómeno migratorio que ha vivido Chile en la última década.

Es tiempo de una política que rectifique la situación actual. En efecto, Chile debe impulsar propuestas que apunten hacia las causas de las migraciones regionales y, con ello, avanzar en acciones coordinadas con los Estados latinoamericanos más allá de la reconducción; establecer una política nítida respecto de la forma de inmigrar al país, identificando una estrategia para convocar a quienes aporten al desarrollo y definir con claridad los criterios de recepción de personas en situación de asilo

* Director Publicuss, Dr. en derecho internacional público y relaciones internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid, cientista político y periodista.
Correo electrónico: jaime.abedrapo@uss.cl

y refugio; a su vez, establecer un claro mensaje de que no serán normalizados los inmigrantes que hayan ingresado de manera ilegal al territorio nacional.

En definitiva, en lo fundamental es presentar políticas claras, con un espíritu de acogida y responsables con quienes viven en el territorio, sean connacionales o inmigrantes que van en vías de serlo.

Es tiempo de presentar respuestas ante los efectos perniciosos que trae consigo la inmigración intensa, descontrolada, desregulada e insegura. De otro modo, muy posiblemente deterioraremos la calidad de la democracia y daremos paso a los populismos que están ganando terreno en el sistema internacional mediante propuestas que *separan a hijos de sus padres*, entre otras medidas que en los hechos van erosionando la razón de ser –política y jurídica– de las democracias y el Estado de Derecho.

ORÍGENES DE LA INMIGRACIÓN DESCONTROLADA Y SUS CONSECUENCIAS

El fenómeno migratorio intensivo que observamos en el sistema internacional desde fines del siglo XX se explica por diferentes motivos. Desde conflictos interestatales (Irak, Siria, entre otros), intraestatales (Haití, Colombia, entre otros) y el resurgimiento de autoritarismos/dictaduras (Venezuela), pasando por carencias en los suministros básicos de las poblaciones, situación acentuada por el cambio climático, corrupción, crisis económicas, entre otros factores, y también por las propias facilidades de transporte existentes. Estos son solo algunos de los factores que explican el crecimiento exponencial de la movilidad de las personas que buscan un mejor destino más allá de las fronteras¹.

Las migraciones no son una novedad en la historia de la humanidad y en general han enriquecido la cultura en los territorios de destino. Las causas del fenómeno han sido diferentes y sus consecuencias sociales, gravitantes y transformadoras, ya que impactan en las dinámicas sociales y en la propia morfología social y política, como nos ilustra la siguiente cita de Francisco García:

“La formación de imperios en el Oriente Medio y en el Mediterráneo (Mesopotamia, Egipto, Persia, Grecia, Macedonia, Fenicia) y en el Mediterráneo occidental (Cartago y Roma) significaron grandes desplazamientos humanos, ya sea en libertad o forzosamente hacia nuevas tierras. Aunque no será hasta la Paz de Westfalia en que un inmigrante signifique un cambio de país, ya que la concepción de inmigrante propiamente tal demanda la existencia de fronteras; antes de eso se les conocía como meros extranjeros”².

¹ Ver Abedrapo, Jaime (2024). *Inmigración en democracias sin memoria*. Editorial Universidad San Sebastián. Santiago de Chile.

² García-Calabrés, Francisco (2009). *Inmigración en España. Claves para comprender un fenómeno global*, p. 18.

Desde entonces, Europa fue el actor que modeló el sistema internacional desde el Renacimiento (s. XV y XVI), la Ilustración (s. XVII), Revolución Industrial (fines del s. XVIII y XIX) y el Colonialismo (período que va desde el s. XVI al XX)³.

La emigración europea tuvo un tremendo impacto en las poblaciones aborígenes de los países colonizados, provocando su casi absoluta extinción en Australia y en América del Norte. En América Latina, la población europea se mezcló con los nativos, y también con los esclavos africanos y con los trabajadores asiáticos, que los europeos redistribuyeron por el mundo entero, desde las Indias Occidentales hasta las más apartadas islas del Océano Pacífico. En la segunda mitad del siglo XX, sin embargo, las poblaciones europeas se han retirado de muchas de esas áreas, dejando tras de sí un conjunto de poblaciones mucho más homogéneas⁴.

Sin embargo, iniciado el siglo XXI vemos una nueva gran transformación. Llegan millones de nuevos inmigrantes, diversificando las realidades culturales de Berlín, Londres, París, Madrid, Barcelona, por citar algunos de los ejemplos más característicos, tendencia que también hemos visto más recientemente en Latinoamérica y, por cierto, en Chile.

La migración está produciendo una diversidad étnica y racial que no había existido antes, pero mientras este proceso sucede, los que gobiernan deben canalizarlo de manera ordenada y buscando sacar lo mejor del fenómeno. Estamos siendo testigos de un cambio en la estructura de los Estados-naciones y, muy posiblemente, la inmigración tenga un impacto en la forma de concebir la relación entre los colectivos al interior de los Estados nacionales.

En Chile podemos percibir y medir los cambios y tensiones que lleva aparejada la incorporación de nuevos estilos de vida y visiones de mundo. Al respecto, lo que observamos es una verdadera transformación social en Chile, en la misma dirección de lo que está sucediendo a escala global.

Por ello, las autoridades políticas deben efectuar –con visión de futuro– acciones concretas para aprovechar el proceso en marcha, y evitar ser actores pasivos de un fenómeno que también trae consigo consecuencias nefastas para la convivencia nacional.

Comprendemos que las directrices de la gobernanza mundial anclada en la política comercial y financiera mundial, reconocida como la globalización incontrarrestable, es un factor que permite afirmar que los flujos migratorios se han intensificado y seguirán haciéndolo, producto de la propia lógica de interrelación mundial. Al respecto, algunos gobiernos –incapaces de canalizar los efectos que trae la inmigración

³ Ver Abedrapo, Jaime, *Op. cit.*, p. 19.

⁴ Cebrián, Juan; Bodega, María Isabel, y Martín-Lou, María Asunción. Inmigraciones en Europa. *Estudios Geográficos*, julio-diciembre 2012. Vol. LXXIII, 273, pp. 385-419. <https://estudiosgeograficos.revistas.csic.es/index.php/estudiosgeograficos/article/view/377/377>

desbocada— están reeditando respuestas por medio de lógicas de *enclaustramiento* o visiones más autárquicas, es decir, impulsando políticas proteccionistas y construyendo muros entre las fronteras de los Estados, como lo hemos visto en las últimas décadas y en diferentes latitudes.

Por cierto, la propia globalización como telón de fondo ha tendido a socavar el sentido de pertenencia de los pueblos, toda vez que algunas personas y colectivos se sienten conectados al sistema, mientras otros, descartados por el mismo. Este sería un factor que explicaría la intensa fuerza migratoria actual, que busca principalmente por parte del migrante una mejor condición de vida.

Desde la década de los ochenta, y principalmente en los noventa, en el mundo se consolidan nuevas pautas migratorias que han transformado los nexos internacionales existentes hasta el momento. De esta manera, las relaciones económicas, políticas y sociales emergentes cambian las pautas de movilidad y los procesos de asentamiento. El incremento del número de inmigrantes internacionales ya no es exclusivo de los países desarrollados; ahora afecta, prácticamente, a todas las zonas del planeta⁵.

Al respecto, lo que debemos evitar en Chile son los populismos de izquierda y derecha, que van consolidando su presencia entre las democracias por medio, principalmente, de respuestas *efectistas* para controlar el fenómeno de la inmigración irregular. Las banderas del nacionalismo excluyente nuevamente tienden a ser enarboladas de la mano con el proteccionismo como los principales antídotos contra la inmigración.

Lo señalado nos permite afirmar que el asunto migratorio ha sido precisamente uno de los contenidos “emblemáticos” en el resurgimiento de ciertas lógicas supremacistas amparadas en los temores de la población ante la pérdida de identidad nacional, el aumento en las tasas de crímenes asociados a organizaciones transnacionales, la mayor estrechez del mercado laboral debido a la competencia desleal de los trabajadores indocumentados, los déficits presupuestarios exhibidos por el incremento de las prestaciones sociales que demanda la población inmigrante, entre otras causas. En este sentido, si no somos capaces de presentar políticas claras y efectivas, que permitan contener al fenómeno migratorio en sus efectos negativos, es seguro que se exacerbará la conflictividad al interior del país y aumentarán las probabilidades de que finalmente se impongan las tesis populistas.

¡Necesitamos definir criterios y políticas claras con apego al respeto de los derechos en materia de acogida y, a la vez, desincentivar el ingreso irregular al territorio!

⁵ Sanhueza, Susan; Checa, Francisco, y Friz, Miguel. España y Chile en sus inicios migratorios: una aproximación desde la prensa escrita. En: *Migración y Trabajo en el Capitalismo Global*. Editorial Gedisa. México, p. 187.

EL DEBATE INTERNACIONAL Y LA COHERENCIA QUE CHILE DEBE TENER EN MATERIA MIGRATORIA

El 2018, las Naciones Unidas trabajó en el Pacto Global Migratorio –acuerdo no vinculante–, cuyo objetivo fue establecer consensos que ofrezcan estrategias para una “migración segura, ordenada y regular”. Ello, desde una perspectiva o enfoque de cooperación internacional. Algunas democracias, como la chilena, deciden no suscribirlo.

El interés de Naciones Unidas fue crear un espacio de diálogo que permitiera enfrentar el fenómeno migratorio, ya que existía el convencimiento de que para los Estados la inmigración irregular se había transformado en una amenaza a la estabilidad de sus sistemas políticos, económicos y sociales.

El axioma expuesto en la conferencia de Naciones Unidas fue que los fenómenos surgidos en los tiempos de la globalización, como la migración, no consiguen respuestas adecuadas desde las instituciones preexistentes a nivel mundial y doméstico. Al respecto, se realizó un llamado a que los Estados adecuen sus instituciones, sin desconocer los principios universales establecidos en diferentes tratados internacionales en relación con la protección de las personas en movimiento o migrantes.

La necesidad de un Pacto Global Migratorio respondió a que las personas en movilidad transfronteriza en el 2018 fueran estimadas en 258 millones, quienes en la actualidad emigran desde sitios en todos los continentes del planeta, siendo este un argumento contundente para una invitación global a un diálogo respecto de la materia, principalmente, porque las migraciones están siendo promovidas por distintas razones y ámbitos, tales como el económico, social, laboral, comercial, salud, ambiental, seguridad y de desarrollo, entre otros. El supuesto es que los Estados por sí solos no son capaces de dar respuestas a los desafíos que conlleva la inmigración desbocada.

La crisis de migración en números, según una radiografía de 2017, anterior a la cumbre internacional del Pacto Global Migratorio, nos reveló que el fenómeno estaba desatado y que es un asunto que demanda una posición clara por parte de los Estados, de otra manera traerá conflictos sociales en las naciones. Los 10 principales focos intensos de flujos migratorios en ese entonces eran los siguientes:

- Turquía: + de 2 millones de personas.
- Irán: 982.027.
- Líbano: 1,15 millones de personas.
- Chad: 452.897.
- China: 301.052.
- Pakistán: 1,5 millones de personas.
- Jordania: 654.141.
- Etiopía: 659.524.

- Uganda: 385.513.
- Kenia: 351.352.

Fuente: Amnistía Internacional 2017. www.amnistia.org

Los llamados de atención del sistema internacional no han sido relevados en las agendas de Latinoamérica, por tanto, resulta necesario que los países tomen definiciones sustantivas en la materia. Sin embargo, sigue siendo menester insistir con la necesidad de articulación de políticas y criterios entre los Estados de la región.

El documento emanado de Naciones Unidas contó con 23 objetivos⁶, tras los cuales se sugieren acciones frente al fenómeno migratorio.

Chile debió suscribir dicho acuerdo y proceder a definir una política inmigratoria clara para inhibir el ingreso irregular al país. Por cierto, como veremos, ha hecho definiciones, pero ellas nos parecen débiles frente a otros Estados que han presentado propuestas más contundentes, que en general respetan los principios universales de derechos de las personas que migran, mientras que, a la vez, establecen mecanismos de obligaciones para quienes pretenden incorporarse a sus territorios.

En efecto, Europa aprovechó los criterios principales de lo acordado en el Pacto Global Migratorio para alcanzar un acuerdo en el Consejo de Europa en la materia. En este sentido, Chile y los países de Latinoamérica debiesen exhibir una misma claridad respecto de la inmigración irregular.

En consecuencia, se debe insistir desde el ámbito multilateral acerca de una mayor coordinación en este tema, para atender a las causas que promueven la migración, mientras en paralelo rectificar la política en favor de nuestros ciudadanos y de la dignidad de los propios inmigrantes, que buscan mejorar su calidad de vida por medio de sus desplazamientos.

El 6 julio de 2023 la ministra del Interior y Seguridad Pública de Chile, Carolina Tohá, explicitó los lineamientos de la nueva política de migración que se sustenta en la garantía de los derechos humanos de las personas inmigrantes y también sus responsabilidades; sin embargo, esta definición no establece lineamientos taxativos que desincentiven la inmigración irregular. En los hechos, no hemos acordado una legislación que evite que en algún tiempo el gobierno de turno acceda a nuevos “perdonazos” que regularicen la situación de las personas que ingresaron de manera irregular.

La nueva Ley de Extranjería⁷ de Chile creó un mecanismo para regularizar a quienes ingresan de manera irregular al país, en la perspectiva de que es mejor

⁶ El marco de cooperación que establece el Pacto se basa en 23 objetivos para la migración segura, ordenada y regular.

⁷ Aprueba protocolo de instrucciones para la reconducción de extranjeros del Ministerio del Interior y Seguridad Pública: Servicio Nacional de Migración, publicado el 11 de abril de 2024.

“saber quiénes son” y no mantenerlos en la “clandestinidad”. Es decir, la ley incentiva a los inmigrantes a realizar una declaración voluntaria de *ingreso clandestino* ante la Policía de Investigaciones (PDI), y con ello su situación se regulariza. Todo esto se advierte como una posición mejorada frente al incentivo a la clandestinidad que mantenía la anterior legislación; sin embargo, la norma se presenta como débil en el objetivo de desincentivar la llamada de nuevos inmigrantes.

Hasta el momento, la mirada gubernamental en Chile ha estado focalizada en la efectividad de las propuestas en materia de control de fronteras, ya sea por la acción conjunta entre policías y militares y la puesta en marcha de la legislación en materia migratoria que faculta la *reconducción*⁸ de quienes ingresan por rutas no habilitadas al territorio, lo que resulta poco efectivo para contener la inmigración por dichos pasos, ya que de ser regresados intentarán traspasar la frontera por otra ruta. Debemos tener en consideración que la frontera de Chile es extensa (aproximadamente 7.500 kilómetros) y que las fuerzas destinadas a su custodia no cuentan con los recursos necesarios, por tanto, la medida no se aprecia como una acción que vaya a desincentivar el flujo inmigratorio.

EL FENÓMENO INMIGRATORIO ESTÁ LEJOS DE AMAINAR

La actual situación en América Latina no nos permite desprender que vamos hacia una menor presión inmigratoria, sino que, al contrario, la inestabilidad política regional augura mayor desplazamiento de personas.

Recordemos que la diáspora venezolana es la más numerosa desde el proceso de independencia de nuestra región y ha resultado evidente que no hemos conseguido articular una perspectiva conjunta para abordar la situación. Naciones Unidas (2023) estima la emigración desde Venezuela en torno a los 7 millones de personas.

Es oportuno advertir, según indicadores del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), que la población venezolana en Chile se ha quintuplicado desde el 2018 a la fecha, ya que en la actualidad serían 728.000, a enero de 2025.

Si observamos solo la inmigración que Chile ha tenido desde Venezuela, considerando que esta se suma a personas provenientes de otros países, es posible afirmar que la estrategia que presenta el país debiera establecer una coordinación y apoyo efectivo para los inmigrantes con sustento en la propia sociedad civil, ya que ellos son los que mejor saben de la precariedad en la que suelen estar los inmigrantes que ingresan de forma irregular.

⁸ La reconducción o devolución inmediata es un procedimiento que puede aplicar el Estado chileno al sorprender en la frontera o inmediaciones de esta a personas que intenten ingresar al país infringiendo la Ley de Migración.

En definitiva, la articulación de una estrategia nacional para la migración debe incorporar a las instituciones relacionadas con la recepción de inmigrantes y las organizaciones de la sociedad civil (incluidas las compuestas por los propios migrantes), para con ello ser eficaces en la integración en la sociedad, y a su vez, más explícitos en los inconvenientes que trae consigo el ingreso irregular al país.

En consecuencia, si la tendencia ha sido que los Estados se sientan sobrepasados por la intensidad de los flujos migratorios, la situación podría ser aún más desesperanzadora para los inmigrantes sin la acción de la sociedad civil que se organiza a objeto de brindarles protección y acogida, y en el mismo sentido, debiera ser un relevante apoyo para desincentivar el ingreso irregular de las personas.

CONTENIDOS DE LA PROPUESTA

Tras el objetivo de una política migratoria eficaz, debemos desistir de la indefinición en asuntos clave, como la situación de los que han ingresado de manera irregular al país y también renunciar a la tentación de las posturas irracionales que renuncian a la acción bilateral y multilateral en la materia.

En síntesis:

1. Retornar a una política internacional para enfrentar desafíos comunes a nivel mundial y regional. Ello, con el objetivo de atender a las causas de la inmigración descontrolada, desregulada e insegura, es decir, actuar con medidas concretas que permitan mejorar la vida de las personas en sus propios territorios, lo que es atender a las causas de la migración. Para ello se requiere coordinar la acción de los organismos mundiales y regionales que apoyan el desarrollo de los países, tales como BID, CAF, entre otros.
2. Mejorar la coordinación a nivel regional en acciones de persecución y sanción contra las organizaciones criminales que incentivan la migración irregular. Este debe ser un esfuerzo colaborativo entre las inteligencias y policías.
3. Establecer criterios que hagan respetar el Estado de Derecho, creando oportunidades para quienes ingresan al país de manera regular, y a la vez, desincentivar el ingreso irregular clarificando que su situación no será “normalizada” vía *perdonazos*.
4. Avanzar en una policía fronteriza especializada.
5. Establecer un mecanismo permanente de articulación entre el mundo público y privado (empresas, universidades, organizaciones de migrantes y de recepción de inmigrantes). Ello es parte de un trabajo que resulta esencial para mejorar las propuestas, diseño, implementación, articulación y evaluación de las políticas públicas en el ámbito migratorio.

Resulta evidente que un Estado de manera aislada no conseguirá evitar la inmigración descontrolada. Para ello se requiere de un plan de acción que asuma una estrategia frente a las causas de la migración (a nivel mundial y regional), una redefinición política que permita un mayor nivel de control fronterizo; en este sentido, se propone la creación de una fuerza especializada en la materia.

Además, el Gobierno central debe coordinar a las instituciones y organismos relacionados con la acogida de inmigrantes regulares, mientras que debe presentar un mensaje claro acerca de que no serán regularizadas las personas que no ingresan de manera regular al territorio nacional.

En definitiva, se debe presentar una política migratoria con estricto apego al Estado de Derecho, evitando así la dinámica deshumanizante que se advierte en la actualidad en algunos Estados en materia migratoria. Esta tendencia prescinde del régimen internacional de derechos humanos y del régimen internacional humanitario. Además, socava principios fundamentales de la República, como la igualdad ante la ley y otros que han sido posible durante la evolución del pensamiento grecolatino.

Actualmente, escasea la razón y se reemplaza por las emociones, lo que pavimenta el camino de los populismos. Los de derechas –contrario a la evidencia histórica– identifican a la inmigración como una amenaza para la nación debido a la transformación cultural que conlleva.

Las demagogias de la actual izquierda se escudan en ser quienes custodian la defensa de los derechos humanos, pero precisamente los socavan al no hacerse responsables del cumplimiento de los derechos consagrados en los pactos de derechos civiles y políticos y, especialmente, en los derechos económicos, sociales y culturales.

En tiempos de *políticas light* es comprensible la ruptura que observamos con los orígenes culturales de la República y la propia inspiración de la democracia como régimen político.

Si observamos el ejemplo de las democracias europeas, la tendencia ha sido avanzar hacia políticas restrictivas en el ámbito migratorio. Las iniciativas en los acuerdos legislativos se han centrado en la devolución de inmigrantes indocumentados, en una ampliación a las sanciones para las organizaciones que trasladan a los migrantes –las que cometen el delito de tráfico de personas–. También se ha tendido a tipificar como un ilícito la contratación de personas extranjeras que no se encuentran regularizadas en el país. Todas estas acciones tienen algún sentido e impacto en sus objetivos, pero ellas cobran mayor efectividad en la medida que las van adoptando los países para actuar de manera conjunta.

Tras los lineamientos del Pacto Global Migratorio, Europa consiguió un acuerdo en materia migratoria (2024), que se ha presentado como una respuesta a la seguridad de las personas que buscan protección internacional o una vida mejor, así como las preocupaciones de los países que temen que las presiones migratorias superen sus capacidades. Este acuerdo se forjó tras décadas de negociaciones. A pesar de este, las tensiones y el debate en el seno de los países europeos está lejos de desaparecer.

Debemos relevar que la Comisión Europea, en abril de 2024, consiguió un acuerdo en el denominado Pacto sobre Migración y Asilo, que busca gestionar la migración a largo plazo. El pacto está diseñado para prestar apoyo a los Estados miembros que se enfrentan a importantes presiones migratorias y que protegen las fronteras exteriores. Este acuerdo político ha sido el corolario de un complejo proceso de entendimiento en la materia y que ha generado un sistema que, al parecer, será más eficiente al momento de mitigar la ampliación de los flujos migratorios irregulares.

Sabemos que la realidad de Latinoamérica dista mucho de la europea, y que la referencia al Viejo Continente podría ser considerada un exceso; sin embargo, su experiencia nos deja algunas lecciones: no se puede atender el fenómeno inmigratorio por sí solo, se debe insistir en acuerdos –aunque estos parezcan complejos y distantes–, y estos acercamientos no inhiben la puesta en marcha de acciones concretas que puedan rectificar la política migratoria del Estado.

En definitiva, si no encontramos respuestas efectivas a los desafíos que nos presenta la inmigración desbocada e irregular, comprometeremos el devenir de la democracia.

REFERENCIAS

- ABEDRAPO, J. (2024). *Inmigración en democracias sin memoria. El gran desafío global*. Ediciones USS. Santiago.
- ACOSTA, D.; BLOUIN, C., y FELINE, L. (2019). La emigración venezolana; la respuesta latinoamericana. Documento de Trabajo 3/2019. Fundación Carolina. <http://www.researchgate.net/publication/331773383>
- AJA, E. (2012). *Inmigración y Democracia*. Alianza Editorial, Madrid.
- CEBRIÁN, J.; BODEGA, M. I., y MARTÍN-LOU, M. A. (2012). Inmigraciones en Europa. *Estudios Geográficos*. Julio-diciembre. Vol. LXXIII, p. 273. <https://estudiosgeograficos.revistas.csic.es/index.php/estudiosgeograficos/article/view/377/377>.
- GARCÍA-CALABRÉS, F. (2009). *Inmigrantes en España. Claves para comprender un fenómeno global*. Editorial Laberinto, España.
- PLAZA, J. I.; GARCÍA, J. y TORRES, F.. *Geopolítica de la Unión Europea*. Editorial Síntesis. España, 2021.
- SANHUEZA, S.; CHECA, F., y FRIZ, M.. España y Chile en sus inicios migratorios: una aproximación desde la prensa escrita. En: *Migración y Trabajo en el Capitalismo Global*. Editorial Gedisa, México.
- Ley Nº 21.325, 20 abril 2021. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Ley Chile, Biblioteca del Congreso Nacional (bcn.cl).

CÓMO ENFRENTAN LAS PYMES LAS DIFICULTADES ECONÓMICAS

*Claudia Yáñez-Valdés**

RESUMEN

Las pequeñas y medianas empresas (Pymes) son actores fundamentales en la economía global, representando un motor crucial para la creación de empleo, el desarrollo regional y la innovación. Sin embargo, su capacidad para enfrentar dificultades económicas se ve limitada por restricciones estructurales y de acceso a recursos, que las hacen especialmente vulnerables frente a crisis económicas, fluctuaciones de mercado y cambios regulatorios. Este artículo propone un análisis de las estrategias que las Pymes han adoptado para superar períodos de inestabilidad económica. Mediante un enfoque que combina la teoría del emprendimiento con las políticas públicas de apoyo empresarial, se revisan las prácticas de resiliencia y adaptación que han mostrado mayor efectividad en distintos contextos económicos. Además, se identifican áreas de mejora en la formulación de políticas que puedan fortalecer el entorno emprendedor y proporcionar una respuesta más robusta a los desafíos financieros.

Palabras clave: Pymes, resiliencia económica, políticas públicas, innovación, emprendimiento, dificultades económicas.

INTRODUCCIÓN

Las pequeñas y medianas empresas (Pymes) constituyen un pilar fundamental en las economías mundiales, no solo por su contribución a la creación de empleo, sino también por su capacidad para dinamizar el mercado interno y promover la innovación. Según datos del Banco Mundial (2022), las Pymes representan alrededor

* Doctora en Economía de Negocios, Universidad del Desarrollo. Académica Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad Católica de la Santísima Concepción. Correo electrónico: clyanez@ucsc.cl

del 90% del total de empresas a nivel global y generan más del 50% del empleo formal (Banco Mundial, 2022). Sin embargo, este sector enfrenta serias dificultades en contextos de crisis económicas, caracterizadas por la disminución de la demanda, restricciones financieras y cambios disruptivos en las cadenas de suministro. La vulnerabilidad de las Pymes a las fluctuaciones del mercado pone de relieve la importancia de comprender cómo logran adaptarse y sobrevivir en un entorno adverso (Cardemil Winkler, 2022; Cepal, 2023).

En América Latina, las Pymes representan más del 99% del total de empresas y generan aproximadamente el 67% del empleo formal en la región (Cepal, 2023). No obstante, estas empresas se ven limitadas por problemas estructurales, como la informalidad laboral, la baja productividad y las dificultades para acceder al financiamiento. En el transcurso de la pandemia de Covid-19, muchas de estas empresas se vieron obligadas a cerrar temporalmente o a reducir drásticamente sus operaciones (Yáñez-Valdés *et al.*, 2023). En respuesta, varios gobiernos de la región implementaron políticas de apoyo financiero, capacitación y digitalización para mitigar el impacto de la crisis, pero los resultados han sido dispares, revelando la necesidad de diseñar estrategias más efectivas y sostenibles (Amankwah-Amoah *et al.*, 2021; Capano *et al.*, 2020).

Mientras tanto, en Chile, las Pymes desempeñan un rol esencial en la economía, constituyendo el 98,6% del total de empresas y aportando aproximadamente el 50% del empleo formal (Cardemil Winkler, 2022). Sin embargo, presentan desafíos significativos en términos de acceso a financiamiento, digitalización e innovación. La crisis económica generada por la pandemia de Covid-19, sumada a la inflación global y las fluctuaciones en los precios de las materias primas, ha agudizado las dificultades de estas empresas (Smeets y Zeisberger, 2020). Según el Informe del Banco Central de Chile (2022), cerca del 20% de las Pymes en el país experimentó problemas de liquidez durante la pandemia, y muchas de ellas aún no han logrado recuperar sus niveles de actividad previos (Banco Central, 2022).

Ante este panorama, este manuscrito busca responder la siguiente pregunta: ¿Cómo enfrentan las Pymes las crisis económicas?

La respuesta a esta interrogante es fundamental, no solo para diseñar políticas públicas más eficaces, sino también para identificar las estrategias internas de adaptación que permitan fortalecer la sostenibilidad y crecimiento de las Pymes en el largo plazo. Para abordar esta cuestión, el análisis se estructura en torno a cuatro ejes principales: resiliencia de los emprendedores; financiamiento y apoyo financiero; desarrollo de capacidades empresariales; fomento de redes y asociaciones empresariales.

El objetivo del manuscrito es proporcionar una comprensión integral de las estrategias que las Pymes implementan para superar las crisis, así como proponer recomendaciones para el diseño de políticas públicas más efectivas en Chile y en otros contextos latinoamericanos.

ANTECEDENTES TEÓRICOS

El estudio se fundamenta en dos perspectivas complementarias: la teoría del emprendimiento y la teoría de las políticas públicas. Desde la teoría del emprendimiento, se exploran conceptos como la innovación, la capacidad de absorción y la flexibilidad organizacional como factores determinantes en la resiliencia de las Pymes. En cuanto a la teoría de las políticas públicas, se analizan los mecanismos de apoyo existentes, tales como programas de financiamiento, capacitación y redes de cooperación, identificando su efectividad en la promoción de la estabilidad y el crecimiento en entornos económicos adversos.

El marco teórico de este manuscrito se organiza en torno a cuatro áreas críticas para la supervivencia y crecimiento de las Pymes en entornos económicos desafiantes: Resiliencia de los emprendedores; Financiamiento y apoyo financiero; Desarrollo de capacidades empresariales, y Fomento de redes y asociaciones empresariales. Estas áreas son fundamentales para entender las estrategias que permiten a las Pymes superar crisis y fortalecer su sostenibilidad a largo plazo.

Resiliencia de los emprendedores

La resiliencia empresarial, entendida como la capacidad de adaptarse, resistir y prosperar en contextos adversos, es un elemento crucial para la supervivencia de las Pymes (Korber y McNaughton, 2018). Esta capacidad no solo radica en la resistencia pasiva, sino en la habilidad de los emprendedores para innovar y transformar los desafíos en oportunidades. Además, la resiliencia de los emprendedores se asocia con su capacidad de desarrollar flexibilidad organizacional (Linnenluecke y McKnight, 2017). Esta flexibilidad se refiere a la habilidad para reorganizar procesos internos, ajustar su estructura operativa y diversificar sus productos y servicios (Karman, 2020). En situaciones de crisis, las empresas con estructuras menos jerárquicas y más ágiles tienden a responder más eficazmente a cambios inesperados. Asimismo, la innovación continua resulta ser clave para que las Pymes se posicionen de manera competitiva durante o después de un entorno de crisis, identificando nichos desatendidos o reformulando productos para responder a nuevas demandas del mercado (Saad *et al.*, 2021).

Las empresas más resilientes son aquellas que poseen la habilidad de reconocer, asimilar y aplicar nuevas ideas, tecnología o conocimientos del entorno. Las Pymes con mayor capacidad de absorción son capaces de identificar cambios en el mercado y responder rápidamente mediante la creación de nuevos productos o modelos de negocio (Yuan *et al.*, 2022). Con estas características no solo resisten los impactos negativos del entorno, sino que transforman los desafíos en oportunidades mediante la asimilación de nuevos conocimientos, tecnologías o tendencias del mercado (Saad

et al., 2021). Esta capacidad puede manifestarse por medio de la diversificación de productos, el establecimiento de canales digitales de venta o la optimización de procesos internos.

La innovación continua también desempeña un papel central en la resiliencia empresarial, ya que las empresas no solo deben reaccionar ante los cambios, sino también anticiparse a ellos, desarrollando propuestas de valor innovadoras (Khurana *et al.*, 2022). Las Pymes que logran adaptarse mediante la personalización de servicios, la reformulación de productos o la identificación de nichos desatendidos suelen posicionarse favorablemente frente a competidores menos adaptables (Capobianco, 2023).

El perfil psicológico del emprendedor es igualmente determinante para la resiliencia empresarial. La mentalidad de crecimiento, que enfatiza el aprendizaje continuo y la capacidad de transformar fracasos en oportunidades, es una característica clave en emprendedores resilientes (Saad *et al.*, 2021). Esta mentalidad permite a los líderes mantener la calma bajo presión, tomar decisiones estratégicas y fomentar una cultura organizacional orientada a la mejora continua. Asimismo, la capacidad para tolerar la ambigüedad y gestionar el estrés asociado a la incertidumbre es crítica en entornos económicos volátiles, mientras que las habilidades de liderazgo y motivación facilitan la cohesión y la confianza dentro del equipo durante periodos de crisis (Karman, 2020).

Fortalecer la resiliencia empresarial requiere de estrategias integrales que incluyan tanto acciones individuales como políticas públicas. En primer lugar, la formación continua es esencial para dotar a los emprendedores de habilidades técnicas, digitales y de liderazgo, lo que incrementa su capacidad de adaptación (Nelson *et al.*, 2007; Young, 2010). En segundo lugar, el desarrollo de redes de apoyo empresarial proporciona acceso a recursos compartidos, asesoramiento y oportunidades de colaboración, que actúan como amortiguadores durante crisis económicas (Fernandes y Ferreira, 2021). Finalmente, la elaboración de planes de contingencia bien estructurados permite a las empresas responder rápidamente a interrupciones en la cadena de suministros, problemas de liquidez o cambios regulatorios.

En el contexto de América Latina, la resiliencia de los emprendedores enfrenta desafíos adicionales relacionados con la alta informalidad, la escasez de recursos y la volatilidad económica (Agreda Rojas y Ordoñez Chaves, 2024). Sin embargo, la creatividad y el espíritu emprendedor característicos de la región han permitido a muchas Pymes adaptarse y prosperar en condiciones adversas. En Chile, las políticas públicas que fomentan la innovación y la digitalización han tenido un impacto positivo, aunque limitado por barreras estructurales y desigualdades en su implementación (Armijos-Orellana *et al.*, 2023; Velásquez *et al.*, 2020).

Financiamiento y apoyo financiero

El financiamiento es uno de los principales retos para las Pymes, especialmente en tiempos de crisis, debido a su limitada capacidad para acceder a crédito y otras fuentes de capital (Godwin y Simon, 2021). La asimetría de información emerge como una barrera estructural que impide que los bancos y otras instituciones financieras ofrezcan préstamos a empresas pequeñas (Arner *et al.*, 2022). Las Pymes, debido a su tamaño y baja formalización en muchos casos, carecen de la información financiera robusta que los prestamistas requieren para evaluar el riesgo, lo que restringe el acceso al crédito incluso en situaciones normales. Durante las crisis económicas, estas limitaciones se intensifican, afectando la liquidez y continuidad operativa de estas empresas (Aslan *et al.*, 2017).

Durante la pandemia de Covid-19, los gobiernos de varios países implementaron programas de financiamiento con garantías estatales para facilitar la supervivencia de las Pymes. Sin embargo, estudios recientes sugieren que los resultados han sido desiguales (Heredia, 2022). Las empresas que ya mantenían relaciones estables con sus bancos tuvieron más probabilidades de recibir financiamiento durante la crisis, lo que acentúa la exclusión financiera de aquellas sin acceso previo al sistema bancario. Este fenómeno ha sido particularmente evidente en América Latina, donde la informalidad limita el acceso a programas oficiales de apoyo (Nadege *et al.*, 2024).

En Chile, el acceso a financiamiento sigue siendo un desafío significativo para las Pymes. El Informe de Política Monetaria del Banco Central de Chile (2022) destaca que alrededor del 20% de estas empresas enfrentó problemas de liquidez durante la pandemia, con muchas reportando dificultades para acceder a créditos, a pesar de las políticas de apoyo implementadas (Banco Central, 2022). Este escenario pone de manifiesto la necesidad de diseñar instrumentos financieros más inclusivos y eficientes, que consideren no solo la capacidad de pago inmediata de las empresas, sino también su potencial de crecimiento a mediano y largo plazo.

Desarrollo de capacidades empresariales

El desarrollo de capacidades empresariales es un componente esencial para garantizar la sostenibilidad y competitividad de las Pymes en entornos dinámicos y altamente competitivos (Khurana *et al.*, 2022). Este concepto se fundamenta en la teoría de los recursos y capacidades, que establece que las empresas que desarrollan competencias únicas y difíciles de imitar pueden obtener ventajas competitivas sostenibles (Amit y Han, 2017). En el caso de las Pymes, estas capacidades abarcan habilidades técnicas, digitales, de gestión y de internacionalización, todas ellas necesarias para adaptarse a los cambios en el mercado y superar crisis económicas (Li *et al.*, 2018).

Una de las áreas más relevantes en el desarrollo de capacidades empresariales es la transformación digital. Durante la pandemia de Covid-19, la digitalización emergió como un factor crítico que permitió a muchas Pymes mantenerse operativas (Amankwah-Amoah *et al.*, 2021). Esto incluyó la implementación de plataformas de comercio electrónico, la gestión remota de operaciones y el uso de herramientas de análisis de datos para mejorar la toma de decisiones (Smeets y Zeisberger, 2020). Sin embargo, muchas Pymes enfrentan barreras para adoptar tecnologías digitales, como la falta de infraestructura adecuada, recursos financieros limitados y escasa formación en competencias digitales (Yáñez-Valdés, 2021). Por ello, la promoción de programas de capacitación y la inversión en infraestructura tecnológica son fundamentales para garantizar que más empresas puedan beneficiarse de la digitalización.

Además de la digitalización, las Pymes necesitan desarrollar competencias en gestión estratégica y habilidades de liderazgo. Estas competencias permiten a los emprendedores diseñar planes a largo plazo, gestionar eficientemente los recursos y responder de manera proactiva a las fluctuaciones del mercado (Bozkurt *et al.*, 2020). Los programas de formación que conectan a las Pymes con expertos y empresarios consolidados, mediante iniciativas de mentoría, son especialmente efectivos para transferir conocimientos prácticos y experiencias relevantes. La formación continua no solo incrementa la resiliencia organizacional, sino que también fomenta una cultura de innovación dentro de las empresas (Afonasova, 2018; Muraya *et al.*, 2019).

La internacionalización es otro aspecto crucial en el desarrollo de capacidades empresariales. Diversificar los mercados y reducir la dependencia de la demanda interna puede ser una estrategia clave para las Pymes en regiones como América Latina, donde los mercados locales son frecuentemente volátiles. Las empresas tienden a expandirse internacionalmente de manera gradual, acumulando experiencia con el tiempo. Sin embargo, para muchas Pymes, este proceso está limitado por barreras culturales, logísticas y financieras (Dhar *et al.*, 2024). Las políticas públicas orientadas a la internacionalización pueden incluir asesoramiento en normativas internacionales, apoyo en la participación en ferias comerciales y programas de formación específicos en gestión de mercados globales.

En este contexto, la innovación abierta también desempeña un papel importante en el fortalecimiento de las capacidades empresariales (Chesbrough, 2020; Nambisan *et al.*, 2018). Este enfoque implica la integración de conocimientos y tecnologías externas en los procesos internos de las empresas. Para las Pymes, colaborar con centros de investigación, universidades u otras empresas puede acelerar la adopción de innovaciones que mejoren su competitividad. En Chile, por ejemplo, se han implementado programas gubernamentales que incentivan la innovación en las Pymes, aunque los resultados han sido desiguales debido a la falta de infraestructura y apoyo en ciertas regiones (Amorós *et al.*, 2016; Guerrero y Yáñez-Valdés, 2024).

Fomento de redes y asociaciones empresariales

El desarrollo de redes y asociaciones empresariales es una estrategia clave para fortalecer la sostenibilidad de las Pymes. Las conexiones entre empresas e instituciones facilitan el acceso a recursos, conocimientos y mercados, proporcionando ventajas competitivas en contextos de incertidumbre (Vătămănescu *et al.*, 2020). Las Pymes que participan en redes empresariales pueden compartir información, reducir costos y generar sinergias que les permiten adaptarse más rápidamente a los cambios del entorno. Además, las redes proporcionan un espacio para la innovación colaborativa, en el que las empresas pueden desarrollar nuevos productos o servicios en conjunto con otras organizaciones (Suchek y Franco, 2024).

En Chile y América Latina, las asociaciones empresariales han desempeñado un papel importante en la promoción de políticas públicas de apoyo a las Pymes, especialmente durante la pandemia de Covid-19 (Astarloa *et al.*, 2021). Sin embargo, la integración en redes más amplias sigue siendo limitada por factores como la falta de confianza, la competencia desleal y la escasa participación de instituciones académicas en los ecosistemas empresariales (Dhar *et al.*, 2024).

El desarrollo de ecosistemas empresariales robustos requiere no solo de la participación activa de las Pymes, sino también del fomento de políticas que incentiven la colaboración entre el sector privado, las instituciones académicas y los gobiernos (Baier-Fuentes *et al.*, 2021; Bellandi *et al.*, 2021). En este sentido, las políticas orientadas a fortalecer las redes empresariales pueden contribuir significativamente al crecimiento de las Pymes, facilitando su integración en cadenas de valor globales y promoviendo la innovación abierta.

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EL DESARROLLO DE LAS PYMES: ENFOQUE INTEGRAL

El diseño e implementación de políticas públicas orientadas al desarrollo de las pequeñas y medianas empresas (Pymes) son esenciales para abordar las necesidades específicas de estas entidades en las dimensiones de resiliencia de los emprendedores, financiamiento y apoyo financiero, desarrollo de capacidades empresariales y fomento de redes y asociaciones empresariales. Estas políticas deben ser estratégicas, inclusivas y adaptativas, permitiendo a las Pymes superar barreras estructurales y fortalecer su sostenibilidad a largo plazo.

Políticas públicas para fortalecer la resiliencia de los emprendedores

El fortalecimiento de la resiliencia de los emprendedores requiere un enfoque integral en las políticas públicas, orientado a dotarlos de herramientas y recursos

que les permitan adaptarse a los cambios del entorno y prosperar en contextos de incertidumbre. En este sentido, es fundamental diseñar e implementar programas de capacitación que desarrollen capacidades clave, como la innovación, la flexibilidad organizacional y la gestión del cambio. Estas competencias no solo permiten a las pequeñas y medianas empresas (Pymes) responder de manera ágil y efectiva a las crisis, sino que también las posicionan como actores competitivos en mercados en constante transformación.

La capacitación en innovación debe enfocarse en fomentar habilidades creativas y tecnológicas que permitan a los emprendedores identificar oportunidades emergentes y diseñar productos o servicios que respondan a las nuevas demandas del mercado. Además, el desarrollo de la flexibilidad organizacional resulta crucial para que las Pymes puedan ajustar sus procesos internos, optimizar la asignación de recursos y diversificar sus estrategias operativas. Estas habilidades son especialmente relevantes en entornos volátiles, donde la capacidad para reorganizarse rápidamente puede determinar la supervivencia y el éxito de una empresa.

Un aspecto menos explorado, pero igualmente crítico, es el cuidado de la salud mental y la gestión del estrés de los emprendedores. La presión constante para tomar decisiones estratégicas bajo condiciones de alta incertidumbre puede tener un impacto negativo en el bienestar psicológico, afectando su capacidad de liderazgo y creatividad. Por ello, las políticas públicas deben incluir programas que proporcionen acceso a servicios de apoyo emocional y herramientas para el manejo del estrés. Este enfoque no solo mejora el bienestar individual, sino que también refuerza la capacidad de los emprendedores para enfrentar desafíos complejos.

Políticas públicas para mejorar el acceso a financiamiento

El acceso a financiamiento sigue siendo un desafío crítico para las Pymes, por lo que las políticas públicas se deben enfocar en reducir las barreras que dificultan su inclusión financiera. Esto incluye el desarrollo de programas de financiamiento con garantías estatales, diseñados para responder a las necesidades específicas de las Pymes, como flexibilizar los criterios de evaluación crediticia y ofrecer tasas de interés preferenciales.

Además, es importante fomentar el uso de plataformas *fintech* y financiamiento colectivo (*crowdfunding*) para diversificar las opciones de acceso a capital, especialmente para empresas emergentes o innovadoras. La digitalización de procesos financieros, como la creación de ventanillas únicas digitales para la solicitud de créditos, también puede mejorar significativamente la eficiencia y transparencia del sistema financiero.

Asimismo, las políticas fiscales pueden desempeñar un papel importante al ofrecer incentivos tributarios o programas de alivio fiscal progresivo durante periodos de crisis, ayudando a las Pymes a gestionar problemas de liquidez sin comprometer su

sostenibilidad. Estas medidas deben estar acompañadas de estrategias que fomenten la educación financiera entre los emprendedores, permitiéndoles optimizar el uso de los recursos disponibles y planificar su crecimiento a mediano y largo plazo.

Políticas públicas para el desarrollo de capacidades empresariales

El fortalecimiento de las capacidades empresariales requiere políticas públicas que promuevan la formación continua y la adopción de tecnologías emergentes. Los programas de capacitación en competencias digitales, comercio electrónico y análisis de datos son especialmente relevantes en un contexto donde la digitalización se ha convertido en una prioridad estratégica para las Pymes. La colaboración con instituciones académicas y centros tecnológicos puede facilitar la transferencia de conocimientos y la adopción de innovaciones que optimicen los procesos internos de las empresas.

Además, las políticas públicas deben fomentar estrategias de internacionalización, proporcionando a las Pymes acceso a información acerca de normativas internacionales, asesoramiento técnico y oportunidades de participación en mercados globales. El apoyo mediante fondos de cofinanciamiento para proyectos de expansión internacional y la creación de redes de mentoría en comercio exterior pueden facilitar la inserción de estas empresas en cadenas de valor globales. Por último, la promoción de competencias de liderazgo y gestión estratégica entre los emprendedores puede aumentar su capacidad para tomar decisiones informadas y adaptarse a los cambios en el entorno empresarial.

Políticas públicas para fomentar redes y asociaciones empresariales

El fomento de redes y asociaciones empresariales requiere políticas públicas que incentiven la colaboración y la creación de ecosistemas empresariales dinámicos. La promoción de clústeres sectoriales y regionales puede facilitar la cooperación entre empresas, universidades y entidades públicas, generando sinergias que mejoren la competitividad y fomenten la innovación (Cooke, 2001). Además, las políticas orientadas a la construcción de plataformas de colaboración público-privada pueden garantizar una coordinación más eficaz entre los diferentes actores del ecosistema empresarial (Guerrero *et al.*, 2019).

La digitalización de las redes empresariales también es clave para mejorar el acceso de las Pymes a mercados, recursos y conocimientos compartidos. Las plataformas en línea que conectan a emprendedores con proveedores, clientes e instituciones financieras pueden reducir costos operativos y aumentar la eficiencia (Amit y Han, 2017; Li *et al.*, 2018). Asimismo, las políticas que promuevan la integración de las Pymes en cadenas de valor globales, mediante incentivos para colaborar con grandes empresas multinacionales, pueden ampliar significativamente sus oportunidades de crecimiento y diversificación (Akpan *et al.*, 2021).

La cooperación entre sectores públicos y privados ha demostrado ser eficaz para acelerar la innovación y mejorar la competitividad de los ecosistemas empresariales (Bellandi *et al.*, 2021). Por ejemplo, estrategias como la creación de clústeres locales, la coordinación de redes empresariales y el uso de plataformas digitales pueden facilitar la interacción entre los actores involucrados (Yáñez-Valdés *et al.*, 2023). Asimismo, el gobierno puede actuar como catalizador en la organización de redes estratégicas, fomentando la colaboración interorganizacional y mitigando las fallas de mercado (Baccarne *et al.*, 2016).

DISCUSIÓN

El anterior análisis permite reflexionar acerca de la importancia de un enfoque coordinado entre el sector público y el sector privado para fortalecer el ecosistema emprendedor (Fernandes y Ferreira, 2021). Es fundamental incentivar el debate hacia la necesidad de rediseñar las políticas públicas para que se adapten a la heterogeneidad de las Pymes y la importancia de promover una mayor inclusión financiera y acceso a mercados globales (Arner *et al.*, 2022). La discusión abordará cómo la implementación de políticas que incentiven la innovación, la digitalización y la internacionalización de las Pymes puede transformar las dificultades económicas en oportunidades para el crecimiento.

Desde la perspectiva de la teoría de las políticas públicas, el Estado tiene la responsabilidad de facilitar un entorno propicio para que las Pymes puedan desarrollar su potencial, especialmente en contextos de crisis (Ferraris *et al.*, 2020). La creación de políticas públicas eficaces en torno a las necesidades específicas de estas empresas no solo garantiza su sostenibilidad, sino que también potencia su contribución al empleo, la innovación y el crecimiento económico. Basado en el marco teórico y el contexto presentado, las oportunidades de desarrollo de políticas públicas pueden articularse en las siguientes categorías:

Fomento al financiamiento y a la inclusión financiera

En primer lugar, el acceso a financiamiento es una necesidad crítica para las Pymes, particularmente en momentos de crisis económica, cuando la liquidez se convierte en un obstáculo para la continuidad operativa. Las políticas públicas orientadas a resolver esta problemática deben trascender los programas de emergencia y centrarse en generar soluciones estructurales (Aslan *et al.*, 2017). Es necesario diseñar instrumentos financieros que consideren las características específicas de las Pymes, especialmente aquellas con poca formalización o historial crediticio limitado.

La creación de fondos de garantía estatal más flexibles permitiría reducir el riesgo percibido por las instituciones financieras, facilitando el acceso a crédito para las

empresas más vulnerables. El desarrollo de plataformas de *fintech* y financiamiento colectivo (*crowdfunding*) podría complementar las líneas de crédito tradicionales, ampliando las opciones de financiamiento disponibles para las Pymes (Yáñez-Valdés y Guerrero, 2023b, 2023a). Estas alternativas son especialmente valiosas para empresas emergentes o innovadoras que no encajan en los criterios tradicionales de evaluación bancaria.

La adopción de herramientas digitales en el sector financiero permite acelerar los tiempos de aprobación de créditos y reducir costos operativos. La creación de ventanillas únicas digitales para solicitar financiamiento podría optimizar los procesos, incrementando la transparencia y eficiencia en la asignación de recursos. En tiempos de crisis, la implementación de subsidios a las tasas de interés o programas de aplazamiento fiscal podría aliviar las cargas financieras de las Pymes, evitando su cierre y facilitando su recuperación.

Fomento del desarrollo de capacidades empresariales

La mejora de las capacidades empresariales es esencial para que las Pymes puedan enfrentar los retos de la competitividad global. Las políticas públicas en esta área deben enfocarse en promover la adopción de nuevas tecnologías, fomentar la internacionalización y fortalecer las habilidades de gestión. Entre las oportunidades de desarrollo se incluyen:

Programas de capacitación orientados a la digitalización para que las Pymes puedan integrarse en mercados más amplios y optimizar su eficiencia operativa. Las políticas deben fomentar alianzas con instituciones académicas y tecnológicas para ofrecer formación en comercio electrónico, análisis de datos y automatización de procesos (Arocena *et al.*, 2015). Las políticas públicas pueden incentivar a las Pymes a colaborar con centros de investigación y desarrollo para incorporar innovaciones en sus productos y procesos. La creación de fondos de cofinanciamiento para proyectos de innovación podría incentivar esta participación.

Es crucial desarrollar plataformas de acompañamiento para la exportación, que incluyan asesoría en normativas internacionales, acceso a ferias comerciales y formación en gestión de mercados globales. Estas iniciativas permitirían a las Pymes diversificar riesgos y acceder a nuevas oportunidades de negocio (Sadeghi *et al.*, 2018).

Además, las habilidades de liderazgo, planificación estratégica y gestión financiera son fundamentales para que los emprendedores puedan tomar decisiones informadas en tiempos de crisis. Las políticas deben fomentar programas de mentoría empresarial que conecten a Pymes con expertos y empresarios consolidados.

Fomento de redes y asociaciones empresariales

El fortalecimiento de las redes empresariales permite a las Pymes acceder a recursos compartidos, reducir costos y aprovechar oportunidades de colaboración. Las políticas públicas orientadas a este ámbito pueden jugar un papel crucial en la creación de ecosistemas empresariales dinámicos y resilientes (Khurana *et al.*, 2022). Las políticas deben promover la conformación de clústeres sectoriales y regionales, que permitan a las empresas colaborar en la innovación de productos, mejorar su competitividad y acceder a mercados internacionales. Estos clústeres facilitan la cooperación entre empresas, universidades y entidades públicas, generando sinergias que fortalecen el ecosistema empresarial (Cooke, 2001).

La promoción de plataformas de colaboración público-privada mediante la creación de mesas de trabajo intersectoriales permite una coordinación más eficaz entre el gobierno, las empresas y otros actores relevantes, garantizando que las políticas públicas respondan a las necesidades reales del sector empresarial (Battisti, 2019). Estas plataformas pueden facilitar la formulación de programas más inclusivos y coherentes.

El uso de plataformas digitales que conecten a las Pymes con proveedores, clientes e instituciones financieras es esencial para mejorar su acceso a mercados y recursos. Las políticas públicas pueden fomentar el desarrollo de ecosistemas digitales empresariales, promoviendo la cooperación en línea entre empresas (Battisti, 2019).

Las políticas públicas deben facilitar el acceso de las Pymes a cadenas de suministro internacionales, ofreciendo incentivos para que las empresas locales participen en procesos productivos globales. La cooperación con grandes empresas multinacionales puede generar oportunidades para las Pymes, fortaleciendo su desarrollo y posicionamiento (Yuan *et al.*, 2022).

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las pequeñas y medianas empresas (Pymes) que implementan prácticas de innovación y aprovechan de manera efectiva los recursos proporcionados por las políticas públicas han demostrado una mayor capacidad de adaptación y recuperación frente a las crisis económicas. Estas empresas no solo logran superar desafíos inmediatos, sino que también construyen bases sólidas para un crecimiento sostenido. Sin embargo, los resultados también evidencian la necesidad de un rediseño en las políticas de apoyo existentes, adoptando un enfoque más estratégico que considere las particularidades sectoriales, regionales y culturales de las Pymes.

Un aspecto clave es la diversidad sectorial y regional de las Pymes, lo que requiere un enfoque diferenciado en la formulación de políticas públicas. Las necesidades de una Pyme en un entorno urbano y digitalizado son diferentes de las de una empresa

en una región rural, con acceso limitado a infraestructura tecnológica. Por tanto, las políticas deben adaptarse para garantizar que todos los sectores tengan acceso a recursos, financiamiento y capacitación relevantes para sus contextos específicos. Por ejemplo, en áreas rurales, la inversión en conectividad digital y formación técnica puede ser más urgente, mientras que en entornos urbanos, el apoyo a la internacionalización y la adopción de tecnologías avanzadas podría tener un mayor impacto.

Además, es fundamental la creación de plataformas de colaboración que faciliten el acceso a conocimientos especializados, tecnología y redes empresariales. Estas plataformas pueden actuar como puntos de encuentro para emprendedores, instituciones académicas y actores del sector público y privado, promoviendo la transferencia de conocimientos y la innovación conjunta. Asimismo, deben incluir herramientas digitales que permitan a las Pymes acceder a programas de capacitación, servicios de consultoría y financiamiento, independientemente de su ubicación geográfica. Este enfoque no solo promoverá la inclusión económica, sino que también incentivará la cooperación entre diferentes actores del ecosistema empresarial.

En el área de financiamiento, las políticas públicas deben trascender los programas de emergencia y centrarse en el diseño de instrumentos financieros sostenibles que respondan a las características específicas de las Pymes. Esto incluye mecanismos de financiamiento alternativo, como plataformas *fintech* y esquemas de financiamiento colectivo, que ofrecen opciones más flexibles y accesibles para empresas en diferentes etapas de desarrollo. Además, la digitalización de los procesos crediticios puede agilizar y transparentar el acceso a recursos financieros, mientras que los subsidios progresivos y los alivios fiscales pueden ser cruciales para aliviar las cargas económicas durante periodos de crisis.

El desarrollo de capacidades empresariales también requiere atención prioritaria en las políticas públicas. La formación en habilidades digitales, gestión estratégica e innovación es esencial para que las Pymes puedan adaptarse a los cambios tecnológicos y de mercado. Los programas de capacitación se deben diseñar en colaboración con instituciones académicas y tecnológicas, garantizando que los contenidos sean relevantes y prácticos. Asimismo, la internacionalización de las Pymes debe ser incentivada mediante el acceso a ferias comerciales, asesoría en normativas internacionales y fondos de cofinanciamiento para la expansión en mercados globales.

El fomento de redes y asociaciones empresariales debe estar en el centro de las estrategias públicas. Las redes empresariales permiten a las Pymes compartir recursos, acceder a nuevos mercados y generar sinergias que mejoran su competitividad. Las políticas públicas deben incentivar la formación de clústeres sectoriales y regionales, así como la creación de redes digitales que conecten a empresas, proveedores e instituciones financieras. Estas redes pueden desempeñar un papel crucial en la promoción de la innovación colaborativa y la integración de las Pymes en cadenas de valor globales.

Finalmente, el desarrollo de políticas públicas orientadas al fortalecimiento de las Pymes es fundamental para garantizar su sostenibilidad y capacidad de adaptación en un entorno de crisis. Las oportunidades identificadas en las áreas de financiamiento, desarrollo de capacidades empresariales y fomento de redes empresariales proporcionan una hoja de ruta para construir un ecosistema empresarial más resiliente e inclusivo. La adopción de estas políticas no solo contribuirá al crecimiento económico a corto plazo, sino que también establecerá las bases para un desarrollo sostenible a largo plazo, posicionando a las Pymes como actores clave en la recuperación económica y la transformación social. Este enfoque estratégico e inclusivo debe convertirse en una prioridad para los formuladores de políticas públicas, reconociendo el papel esencial de las Pymes en la generación de empleo, la innovación y el desarrollo económico global.

REFERENCIAS

- AFONASOVA, M. A. (2018). Digital transformation of the entrepreneurship: Challenges and prospects. *Journal of Entrepreneurship Education*.
- AGREDA R., O. Y., y ORDOÑEZ CH., A. J. (2024). *Estrategias de adaptación al cambio después del COVID-19 en las empresas financiadas por el Fondo Emprender en el período 2019-2021, de la ciudad de Pasto*.
- AKPAN, I. J.; SOOPRAMANIEN, D., y KWAK, D.-H. (2021). Cutting-edge technologies for small business and innovation in the era of COVID-19 global health pandemic. *Journal of Small Business & Entrepreneurship*, 33(6), pp. 607-617.
- AMANKWAH-A., J.; KHAN, Z.; WOOD, G., y KNIGHT, G. (2021). COVID-19 and digitalization: The great acceleration. *Journal of Business Research*, 136, pp. 602-611.
- AMIT, R., y HAN, X. (2017). Value creation through novel resource configurations in a digitally enabled world. *Strategic Entrepreneurship Journal*, 11(3), pp. 228-242.
- AMORÓS, J. E.; BASCO, R., y ROMANÍ, G. (2016). Determinants of early internationalization of new firms: The case of Chile. *International Entrepreneurship and Management Journal*, 12(1), pp. 283-307.
- ARMIJOS O., A.; GONZÁLEZ, M.; MALDONADO M., J., y GUERRERO, P. (2023). Un acercamiento teórico a la economía digital como alternativa de recuperación pospandemia en Latinoamérica. *Estudios de la Gestión*, 14, pp. 75-100.
- ARNER, D.; BUCKLEY, R.; ZETZSCHE, D., y SERGEEV, A. (2022). Digital Finance, Financial Inclusion, and Sustainable Development: Building Better Financial Systems. *Fintech and COVID-19*, 176.
- AROCENA, R.; GÖRANSSON, B., y SUTZ, J. (2015). Knowledge policies and universities in developing countries: Inclusive development and the “developmental university”. *Technology in Society*, 41, pp. 10-20.

- ASLAN, G.; DELÉCHAT, C.; NEWIAK, M. M., y YANG, M. F. (2017). *Inequality in financial inclusion and income inequality*. International Monetary Fund.
- BACCARNE, B.; LOGGHE, S., SCHUURMAN, D., y DE MAREZ, L. (2016). Governing quintuple helix innovation: Urban living labs and socio-ecological entrepreneurship. *Technology Innovation Management Review*, 6(3), pp. 22-30.
- BAIER-F., H.; GUERRERO, M., y AMORÓS, J. E. (2021). Does triple helix collaboration matter for the early internationalisation of technology-based firms in emerging Economies? *Technological Forecasting and Social Change*, 163, 120439. <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2020.120439>
- BANCO CENTRAL (2022). *Informe de Percepciones de Negocio*. <https://www.bcentral.cl/documents/33528/3383396/Informe-Percepciones-Negocios-febrero-2022.pdf/beaba4bb-d33d-54a0-a1fa-c7faafaedc53?t=1643838550930>
- BANCO MUNDIAL (2022, abril 12). *América Latina y el Caribe: Panorama general*. <https://www.bancomundial.org/es/region/lac/overview>
- BATTISTI, S. (2019). Digital Social Entrepreneurs as Bridges in Public–Private Partnerships. *Journal of Social Entrepreneurship*, 10(2), pp. 135-158. <https://doi.org/10.1080/19420676.2018.1541006>
- BELLANDI, M.; DONATI, L., y CATANEO, A. (2021). Social innovation governance and the role of universities: Cases of quadruple helix partnerships in Italy. *Technological Forecasting and Social Change*, 164, 120518.
- BOZKURT, A.; JUNG, I.; XIAO, J.; VLADIMIRSCHI, V.; SCHUWER, R.; EGOROV, G.; LAMBERT, S.; AL-FREIH, M.; PETE, J., y OLCOTT JR, D. (2020). A global outlook to the interruption of education due to COVID-19 pandemic: Navigating in a time of uncertainty and crisis. *Asian Journal of Distance Education*, 15(1), pp. 1-126.
- CAPANO, G.; HOWLETT, M.; JARVIS, D. S. L.; RAMESH, M., y GOYAL, N. (2020). Mobilizing policy (in) capacity to fight COVID-19: Understanding variations in state responses. *Policy and Society*, 39(3), pp. 285-308.
- CAPOBIANCO, J. P. (2023). The Keys to Successful Ventures in the Future. En: *The New Era of Global Services: A Framework for Successful Enterprises in Business Services and IT*, pp. 33-148. Emerald Publishing Limited.
- CARDEMIL WINKLER, M. (2022). *Las mipymes chilenas en el 2022* (Serie Minutas Nº 25-22, 16/05/2022). Biblioteca del Congreso Nacional. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/33318/1/N_25_22_Las_mipymes_chilenas_en_el_2022.pdf
- CEPAL (2023). *Acerca de Microempresas y Pymes* [Cepal]. <https://www.cepal.org/es/temas/pymes/acerca-microempresas-pymes>
- CHESBROUGH, H. (2020). To recover faster from Covid-19, open up: Managerial implications from an open innovation perspective. *Industrial Marketing Management*, 88, pp. 410-413.
- COOKE, P. (2001). Regional innovation systems, clusters, and the knowledge economy. *Industrial and corporate change*, 10(4), pp. 945-974.

- DE ASTARLOA, B. D.; MULDER, N.; SANTAMARIA, S. C.; WECK, W.; BARREIROS, L.; HUERTA, R. C.; PATIÑO, A., y GÓMEZ, M. (2021). *Recuperación Económica tras la Pandemia Covid-19*. Informe del Banco Interamericano de Desarrollo.
- DHAR, S.; ZAMAN, K., y DHAR, B. (2024). MSMEs and economic growth: Fostering an entrepreneurial ecosystem in Bangladesh for sustainable development. *BUSINESS STRATEGY AND DEVELOPMENT*, 7(3). <https://doi.org/10.1002/bsd2.423>
- FERNANDES, A. J., y FERREIRA, J. J. (2021). Entrepreneurial ecosystems and networks: A literature review and research agenda. *Review of Managerial Science*. <https://doi.org/10.1007/s11846-020-00437-6>
- FERRARIS, A.; SANTORO, G., y PELLICELLI, A. C. (2020). "Openness" of public governments in smart cities: Removing the barriers for innovation and entrepreneurship. *International Entrepreneurship and Management Journal*, 16(4), pp. 1259-1280. <https://doi.org/10.1007/s11365-020-00651-4>
- GODWIN, T. G., y SIMON, I. A. (2021). Financing entrepreneurship development in Nigeria through informal financial institutions. *International Journal of Research Science and Management*, 9(2), pp. 8-17.
- GUERRERO, M.; HERRERA, F., y URBANO, D. (2019). Strategic knowledge management within subsidised entrepreneurial university-industry partnerships. *Management Decision*.
- GUERRERO, M., y YÁÑEZ-VALDÉS, C. (2024). *Global Entrepreneurship Monitor: Reporte Nacional de Chile 2023*. Universidad del Desarrollo.
- HEREDIA, M. (2022). *Qué pudo y qué no pudo el Estado: Frente a la emergencia de covid-19 y después*. Siglo XXI Editores.
- KARMAN, A. (2020). Flexibility, coping capacity and resilience of organizations: Between synergy and support. *Journal of Organizational Change Management*, 33(5), pp. 883-907.
- KHURANA, I.; DUTTA, D. K., y GHURA, A. S. (2022). SMEs and digital transformation during a crisis: The emergence of resilience as a second-order dynamic capability in an entrepreneurial ecosystem. *Journal of Business Research*, 150, pp. 623-641.
- KORBER, S., y MCNAUGHTON, R. B. (2018, noviembre). Resilience and entrepreneurship: A systematic literature review. En: *International Journal of Entrepreneurial Behaviour and Research* (vol. 24, N° 7, pp. 1129-1154). Emerald Group Publishing Ltd. <https://doi.org/10.1108/IJEBr-10-2016-0356>
- LI, L.; SU, F.; ZHANG, W., y MAO, J. (2018). Digital transformation by SME entrepreneurs: A capability perspective. *Information Systems Journal*, 28(6), pp. 1129-1157.
- LINNENLUECKE, M. K., y MCKNIGHT, B. (2017). Community resilience to natural disasters: The role of disaster entrepreneurship. *Journal of Enterprising Communities*, 11(1), pp. 166-185. <https://doi.org/10.1108/JEC-01-2015-0005>
- MURAYA, E. N.; ROGANOV, V. R.; SKITEVA, E. I.; EVGRAFOVA, I. V., y DAUDOV, I. L. (2019). Digital entrepreneurship and education: Support for innovative projects.

- International Journal of Advanced Trends in Computer Science and Engineering*, 8(6), pp. 3304-3311.
- NADEGE, D.; JACOB, N., y ARAAR, A. (2024). The role of formal, informal, and family credit in the business performance of young entrepreneurs in Benin. *REVIEW OF DEVELOPMENT ECONOMICS*. <https://doi.org/10.1111/rode.13104>
- NAMBISAN, S.; SIEGEL, D., y KENNEY, M. (2018). On open innovation, platforms, and entrepreneurship. *Strategic Entrepreneurship Journal*. <https://doi.org/10.1002/sej.1300>
- NELSON, D. R.; ADGER, W. N., y BROWN, K. (2007). Adaptation to Environmental Change: Contributions of a Resilience Framework. *Annual Review of Environment and Resources*, 32(1), pp. 395-419. <https://doi.org/10.1146/annurev.energy.32.051807.090348>
- SAAD, M. H.; HAGELAAR, G.; VAN DER VELDE, G., y OMTA, S. (2021). Conceptualization of SMEs' business resilience: A systematic literature review. *Cogent Business & Management*, 8(1), 1938347.
- SADEGHI, V. J.; BIANCONE, P. P.; GIACOMA, C., y SECINARO, S. (2018). How does export compliance influence the internationalization of firms: Is it a thread or an opportunity? *Journal of Global Entrepreneurship Research*, 8(1), pp. 1-15.
- SMEETS, K., y ZEISBERGER, S. (2020). How FinTech can help Latin America to deal with economic challenges and the Covid-19 crisis. *Available at SSRN 3673240*.
- SUCHEK, N., y FRANCO, M. (2024). Inter-organisational cooperation oriented towards sustainability involving SMEs: A systematic literature review. *Journal of the knowledge Economy*, 15(1), pp. 1952-1972.
- VĂTĂMĂNESCU, E.-M.; CEGARRA-NAVARRO, J.-G.; ANDREI, A. G.; DINCĂ, V.-M., y ALEXANDRU, V.-A. (2020). SMEs strategic networks and innovative performance: A relational design and methodology for knowledge sharing. *Journal of Knowledge Management*, 24(6), pp. 1369-1392.
- VELÁSQUEZ, A. M.; MARTÍNEZ, R., y PALMA, A. (2020). *Revolución tecnológica e inclusión social: Reflexiones sobre desafíos y oportunidades para la política social en América Latina*.
- YÁÑEZ-V., C. (2021). Technological entrepreneurship: Present conditions and future perspectives for Latin America. *Management Research: Journal of the Iberoamerican Academy of Management*, ahead-of-p(ahead-of-print). <https://doi.org/10.1108/MRJAM-09-2021-1230>
- YÁÑEZ-V., C., y GUERRERO, M. (2023a). Assessing the organizational and ecosystem factors driving the impact of transformative FinTech platforms in emerging economies. *International Journal of Information Management*, 102689. <https://doi.org/10.1016/j.ijinfomgt.2023.102689>
- YÁÑEZ-V., C., y GUERRERO, M. (2023b). Equity crowdfunding platforms and sustainable impacts: Encountering investors and technological initiatives for tackling social and environmental challenges. *European Journal of Innovation Management*.

- YÁÑEZ-V., C.; GUERRERO, M.; BARROS-C., S., e IBÁÑEZ, M. J. (2023). Winds of change due to global lockdowns: Refreshing digital social entrepreneurship research paradigm. *Technological Forecasting and Social Change*, 190, 122454. <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2023.122454>
- YOUNG, O. R. (2010). Institutional dynamics: Resilience, vulnerability and adaptation in environmental and resource regimes. *Global Environmental Change*, 20(3), 378-385. <https://doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2009.10.001>
- YUAN, R.; LUO, J.; LIU, M. J., y YU, J. (2022). Understanding organizational resilience in a platform-based sharing business: The role of absorptive capacity. *Journal of Business Research*, 141, pp. 85-99.

ALGUNOS ASPECTOS CONTROVERSIALES DE LA LEY N° 21.595, RESPECTO DE DELITOS ECONÓMICOS. UN COMENTARIO DESDE EL DERECHO PENAL LIBERAL

*Carlos Künsemüller L.**

(Texto de la conferencia dictada por el autor el 10.07.2024, en el Campus Los Leones).
Abreviatura: APCP - Anteproyecto de Código Penal.

Hace aproximadamente dos meses se efectuó en este recinto universitario (Campus Los Leones) la presentación del libro *Derecho penal económico, parte general y especial*, y es oportuno reiterar las felicitaciones a su director, profesor Iván Navas, y grupo de colaboradores, por tan exhaustivo trabajo académico.

Se dijo en esa ocasión que esta reciente legislación, creadora de cerca de 300 nuevos delitos, representa la reforma penal sustantiva más importante desde la promulgación, en 1874, de nuestro ya anciano Código.

Nadie podrá dudar de su trascendencia como esfuerzo de política criminal modernizadora o actualizadora; no obstante, la praxis, el escenario procesal-penal será el encargado de poner de manifiesto las luces y sombras de estas normas, ya que el derecho penal no descende a la realidad por su propio peso; es el procedimiento penal su instrumento de aplicación en la vida social real, en la que debe regir el derecho penal.

Fíjense ustedes que en una época ya lejana, como 1962, se realizó en el Instituto de Ciencias Penales un seminario acerca de Derecho Penal Económico, con participación activa del profesor don Luis Cousiño Mac-Iver y de don Pedro Silva, insigne magistrado.

En 1968, el querido maestro Alfredo Etcheberry, cuya partida ha sido un duro golpe, no solo para sus discípulos sino para todos los penalistas, dictó en la U. de Chile el primer curso pertinente a delitos económicos, curso en el que fui uno de sus alumnos, por cuanto ya había iniciado, como estudiante, mi acercamiento a la disciplina penal, a la que he tratado de ser fiel hasta hoy, teniendo como modelo

* Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad San Sebastián.
Correo electrónico: carlos.kunsemuller@uss.cl

inspirador la obra magnífica del querido maestro, en toda su estatura de gran jurista y excelente ser humano.

- 1.- La normativa que pretendemos comentar introduce el concepto de “delito económico”, asignándole esta calidad a una extensa cantidad de ilícitos, previstos tanto en el Código Penal como en otros textos legales, acerca de materias financieras, tributarias, empresariales, aduaneras, bursátiles, ambientales y otras.
- 2.- La ley utiliza el criterio de consagrar “categorías” de delitos económicos y distingue entre delitos de primera categoría, de segunda categoría, de tercera categoría y de cuarta categoría, abarcando con esta nomenclatura hechos de muy distinta naturaleza, como p. ej., relativos a monumentos nacionales, urbanismo y construcciones, operaciones informáticas, propiedad intelectual, mercado financiero, pesca y acuicultura, estafas y otros fraudes, administración desleal, receptación, lavado y blanqueo de activos, entre otros.
- 3.- Quedan, además, incorporados al Código Penal los “atentados contra el medio ambiente”, contemplándose, en general, penas privativas de libertad para los autores de estos ilícitos, que en los casos más graves pueden alcanzar a presidio mayor en su grado mínimo, la misma del delito de lesiones gravísimas, sin perjuicio de las penas pecuniarias establecidas.
- 4.- Para la determinación concreta de las penas aplicables a los delitos económicos, quedan “expropiadas”, por así decirlo, todas las circunstancias modificatorias de carácter general previstas en los arts. 11, 12 y 13 del Código Penal, aplicables a todo delito. En su reemplazo se introduce, en los arts. 13, 14, 15 y 16 de la ley, un conjunto de atenuantes y agravantes especiales, propias de esta clase de infracciones.
- 5.- Esta normativa ratifica, con especial énfasis, el compromiso con el principio *societas delinquere potest*, introducido al ordenamiento jurídico nacional por la Ley N° 20.393 y las que la complementaron con posterioridad.
- 6.- En el ámbito de la culpabilidad, la normativa se inclina por un sistema que, en lo personal, me resulta algo curioso y me asisten dudas en cuanto a su materialización en el escenario procesal. Se distingue entre culpabilidad disminuida del condenado, culpabilidad muy disminuida, culpabilidad elevada y culpabilidad muy elevada y estas graduaciones cuantitativas –menos culpabilidad, más culpabilidad– han de incidir, respectivamente, en la configuración de circunstancias atenuantes y agravantes y, en definitiva, en la magnitud de la pena.

Se prevén circunstancias modificatorias para las personas jurídicas y para las personas naturales. Por razones de tiempo no es posible examinarlas en detalle, pero me parece útil, por lo novedoso del tema, reproducir las concernientes a los entes jurídicos, que de verdad son los actores principales de esta nueva puesta en escena penal:

Agravantes:

- La de haber sido condenada dentro de los diez años anteriores a la perpetración del ilícito. Reincidencia.
- Las que afecten a la persona natural que hubiere perpetrado o intervenido en el hecho, cuando su perpetración o intervención bajo esas circunstancias, también se hubiere visto favorecida o facilitada por la falta de implementación efectiva de un modelo adecuado de prevención de delitos.

En este último caso hay una especie de solidaridad, en cuanto a los fundamentos de la agravación de la pena, una suerte de repartición de iguales cargas, entre persona jurídica, que no comete el hecho, y persona natural, que sí lo comete.

Procuraré ocuparme, dentro de los límites de tiempo, de los siguientes temas, con un esquema necesariamente muy resumido:

- 1.- El Derecho Penal liberal.
- 2.- ¿Cómo es que responde penalmente quien no puede delinquir?
- 3.- La anticipación de la tutela penal.
- 4.- Supresión de cierta atenuante y mantención de cierta agravante.

1.- El Derecho Penal clásico o liberal tiene sus orígenes ideológicos –nos recuerda Enrique Bacigalupo– en la filosofía de la Ilustración, en la segunda mitad del siglo XVIII, y está fuertemente unido a las transformaciones políticas del Estado surgidas como consecuencia de la Revolución Francesa. Sus padres penalistas fundadores son, sin duda, César Bonesana, marqués de Beccaria, y Francesco Carrara, separados por un siglo.

El querido maestro Etcheberry nos dice que el denominado bueno, viejo y decente Derecho Penal Liberal –que él amó, enseñó, practicó y difundió con gran convicción y éxito– no es otro que el preconizado desde el siglo XVIII por Beccaria, llevado a su pleno desarrollo doctrinal por Carrara y que postula el respeto de los derechos del ciudadano frente a la potestad estatal o el capricho del tirano, plasmados desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos, y que permite, según la feliz fórmula de Carrara –a quien califica de sumo maestro del Derecho Penal– distinguir los códigos de la libertad de los códigos de las tiranías.

El discurso penal de la modernidad, caracterizado por promover y hacer efectivas intensas corrientes jurídicas punitivistas, apuesta por un Derecho Penal “más eficiente”, lo que significa incrementar la intervención del ordenamiento penal en la sociedad, no solo más Derecho Penal, sino un Derecho Penal cada vez más duro.

Muy conocidos son los postulados que ha defendido y trata de seguir defendiendo el Derecho Penal liberal, cuya filosofía inspiró la dictación de nuestro Código, vigente desde marzo de 1875:

Legalidad, taxatividad, intervención penal mínima, *ultima ratio*, Derecho Penal regulador de actos humanos externos, no de los pensamientos ni los modos de ser, impunidad de los actos no ejecutivos o preparatorios, impunidad de la tentativa inidónea, principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio de lesividad de la conducta, de culpabilidad –*nullum crimen nulla poena sine culpa*– de proporcionalidad, rechazo a los delitos de peligro abstracto o presunto, rechazo de la responsabilidad penal de los entes colectivos.

El edificio dogmático penal –con esos principios como sólidos cimientos–, cuyo diseño, estructura y basamentos fueron perfeccionados por Ernst von Beling y otros juristas, a comienzos del siglo XX, logró arribar –relata Gössell–, gracias a la contribución de grandes arquitectos del Derecho Penal, en algún momento a su punto de culminación, pudiendo hablarse de un edificio dogmático perfectamente homogéneo y ordenado.

No obstante, la apariencia de perfección ha sido denunciada desde la década de 1960, como originadora de una imagen falsa. El edificio dogmático, pese a su aparente ausencia de grietas y fisuras, comienza a ser blanco de severas críticas y surgen interrogantes, como la de Enrique Gimbernat, ¿tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?; el severo y decidor aserto de que el Derecho Penal se halla en una situación insostenible (profesores de la U. de Frankfurt); se preguntan los autores, ¿adónde va el Derecho Penal? ¿Tiene un futuro el buen, viejo y decente Derecho Penal liberal? El concepto “la expansión del Derecho Penal”, que significa el abandono de varios de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, por oponerse ellos al nuevo Derecho Penal, un Derecho Penal *ad hoc* para la moderna sociedad de riesgos, más “eficiente”, más apto para enfrentar con éxito y de forma expeditiva la misión de lucha contra una criminalidad cuyo incremento en cantidad y dañosidad es una realidad, ha sido tratado magníficamente por el catedrático español Jesús María Silva Sánchez en sus conocidas obras.

Antes que Gimbernat y otros penalistas, don Pedro Silva, destacado magistrado chileno, ardiente partidario de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, había expresado, con ocasión del seminario acerca de delitos económicos, mencionado al comienzo de esta exposición, que la ciencia del Derecho debe construir un régimen *sui generis*, aunque se aparte de los principios de la responsabilidad individual, porque la verdadera ciencia consiste en prestar oído a los testimonios de la vida y no se asusten si esta abate fórmulas que parecían indispensables. Agregó que el Derecho Penal no puede ser estático o inmutable. Si una doctrina no ofrece solución para los problemas que surgen de la convivencia social, hay que revisar y

rectificar sus principios ante la imposibilidad de sociólogos y juristas para prescindir o suprimir los factores surgidos. En otras palabras y siguiendo a Enrique Aftalión, si una teoría jurídica del delito no sirve para compaginarla con las nuevas tendencias, peor para esa teoría, hay que despreciarla.

Frente a las nuevas tendencias “renovadoras”, hoy ya no tan nuevas, inspiradoras de legislación penal sustantiva y adjetiva, que pretenden romper con el *ius puniendi* surgido del Iluminismo, es admisible preguntarse, por una parte, si este nuevo ordenamiento punitivo logrará algún día ser realmente mejor, más inteligente y más humano –aquí recordamos a Radbruch– que el Derecho Penal clásico y, por otra, si podrá producir los frutos sociales que promete, reunidos bajo la noción de eficiencia, de tan equívoca significación cuando se trata del derecho de castigar, que afecta bienes jurídicos fundamentales.

Hoy, la disyuntiva parece ser Derecho Penal *ultima o extrema ratio* versus Derecho Penal sola o *prima ratio*, cada una de estas opciones involucra consecuencias altamente relevantes para la libertad de los ciudadanos, con pérdida o mantención de garantías frente al *ius puniendi* estatal.

Vivimos desagraciadamente –se lamenta Gonzalo Fernández, apreciado penalista uruguayo y querido amigo– la paulatina consolidación de un Derecho Penal contrailustrado, el que reniega sin rubor de sus orígenes y se embandera con el más vulgar populismo. Todo procura resolverse a merced de la huida al Derecho Penal, mediante una verdadera ilusión penalística.

2.- En cuanto concierne a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hija predilecta del Derecho Penal económico, reiterada en la ley que ahora interesa, más de alguien podría decir que es un tema algo oxidado, anticuado, ya resuelto en el Derecho Comparado y también en Chile, por la legislación positiva que consagra dicha responsabilidad.

Sin embargo, existen motivos poderosos para pensar que no es así, que se trata de un tema *evergreen*, siempre verde, siempre actual, al que la doctrina –y también la política criminal– volverán una y otra vez.

El Derecho Penal está constituido, como dijera Jiménez de Asúa, por idas y venidas, *corsi e ricorsi*, cada cierto tiempo vuelve la dogmática a discutir temas que muchos de sus representantes estimaron otrora ya agotados. Tiene mucha razón Polaino Navarrete cuando afirma que no hay verdades absolutas ni eternas, todo está sometido a una permanente renovación teórico-conceptual. Nos invita a desconfiar de quienes afirman que nunca se equivocan.

Es importante recordar que la Ley Nº 20.393 (2009) no se dictó como consecuencia de un clamor generalizado del penalismo chileno que exigía establecer esa responsabilidad penal de los entes jurídicos, sino por imposición, una suerte de requerimiento coactivo, de la OCDE, que nuestro país debía acatar. La gran mayoría de los autores eran claramente contrarios al postulado *societas delinquere potest*.

Basta revisar a Novoa, Cousiño, Etcheberry, Cury, Bustos, Politoff, Garrido y otros. El maestro Cury, en comentario publicado en el diario *El Mercurio*, expresó que la Ley Nº 20.393 constituye una involución del sistema penal a formas de responsabilidad objetiva que se había luchado por superar; lo ocurrido no constituye motivo de regocijo para los cultores del derecho punitivo. En la 11ª edición de su *Tratado*, sostiene que la responsabilidad penal de las personas jurídicas descansa sobre una pura ficción y su elaboración se tendrá que realizar sobre bases completamente diferentes a las del Derecho Penal liberal. Después de destacar la imposibilidad de formularles a tales personas el reproche de la culpabilidad, aboga para que en una reforma próxima se expulse de nuestro ordenamiento jurídico ese cuerpo extraño en que consiste la pretendida responsabilidad penal de las personas jurídicas, derogando la Ley Nº 20.393. Bueno, no ha sido expulsado, como quería don Enrique, sino reforzado.

Que el tema es muy actual lo evidencia, además, el “Proyecto de Código Penal para Chile” (2016), del maestro Etcheberry, donde se establece que la responsabilidad penal es personal, basada en la culpabilidad. “No hay responsabilidad penal de las personas jurídicas”. El joven profesor Alex van Weezel, con su conocido artículo “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, se ha sumado al grupo de los penalistas que, por su edad, son calificados de “clásicos”.

En el Libro Homenaje redactado por 59 estudiosos de nuestra disciplina, como expresión de afecto hacia mi persona, publicado en 2023, el profesor español Miguel Díaz y García Conlledo –a quien nadie podrá tildar de anticuado y excesivamente conservador, en cuanto penalista– finaliza su artículo sobre “La mal llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas”, señalando que “se alcanza, al igual que lo hace un importante sector doctrinal, la conclusión de que no es posible hablar estrictamente de responsabilidad penal o punibilidad de las personas jurídicas, ni siquiera en ordenamientos jurídicos como el español”. De este modo, el principio que debe regir es: las sociedades no pueden delinquir ni ser punibles.

Los principales argumentos que sustentan el postulado *societas delinquere non potest*, son el concepto de delito como acto humano y como acto humano culpable.

El principio *nulla poena sine culpa*, en cuanto infringido, es un insumo poderoso de la tesis contraria al postulado *societas delinquere potest*, debido a la incapacidad de acción culpable de las personas jurídicas, tesis que apoyo en mi monografía respecto de tal principio. Este apotegma –las sociedades pueden delinquir– cuyo creciente dominio no es posible ignorar, lo he incluido entre las excepciones al principio de culpabilidad, desde que el juicio de reproche personal por haber actuado en contra del Derecho habiendo tenido la posibilidad concreta de actuar de otro modo, es decir, con acatamiento de las normas, solo es posible de dirigirlo o formularlo a una persona física, que tiene el poder de “actuar en lugar de ello”, del que carece un ente ficticio como el definido por el Código Civil en su art. 545.

Silvina Bacigalupo, en su notable estudio acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, concluye que, entendida la culpabilidad como la aptitud personal del individuo para decidirse a favor del Derecho, en función de la libre capacidad de autodeterminación, se constata la imposibilidad de afirmar la culpabilidad de las personas jurídicas.

Otra penalista española, María Teresa Fernández Sánchez, apunta que mientras el delito sea definido como una acción u omisión humana culpable, una persona jurídica jamás podrá llevar a cabo un delito.

El penalista alemán Wolfgang Frisch ha dicho que la exigencia de culpabilidad se hace valer por muchos como un obstáculo insalvable para la imposición de verdaderas penas criminales a las personas jurídicas. Destinatario del reproche de culpabilidad solo podría serlo la persona natural.

Sabemos que ese obstáculo, para muchos insalvable, se ha tratado de sortear con la reelaboración del concepto de culpabilidad, mediante la culpabilidad de organización o culpabilidad por defecto de organización, debida fundamentalmente al connotado penalista alemán Klaus Tiedemann. El planteamiento es, en lo esencial, que el reproche social que fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica es la culpabilidad de organización, ya que la persona jurídica es responsable de los hechos cometidos por individuos –como hecho de conexión– porque esta y sus órganos no han tomado las suficientes medidas de seguridad, necesarias para garantizar un negocio ordenado y no delictivo. El acto individual se considera como acto de la empresa y es el momento omisivo –no tener programa de prevención– el que justifica el reproche, un reproche esencialmente de ética empresarial, inferior al del Derecho Penal.

Presenciamos no solo la búsqueda, sino el hallazgo, muy bienvenido por gran cantidad de académicos y legisladores, de un nuevo modelo de imputación, liberado de las ataduras del Derecho Penal liberal, hijo de la Ilustración, que son vistas como obstáculos al paso de los incontenibles avances político-criminales. Un autor (Milton Cairolí, uruguayo) ha dicho que: “Se insta a revisar y abandonar las categorías dogmáticas tradicionales, dejando de lado todo aquello de que la responsabilidad penal es personal, es subjetiva y todo lo que nosotros sabemos en lo que está basado el Derecho Penal que todos conocemos y todos hemos estudiado”.

3.- En su artículo referente a la aproximación dogmática y político-criminal al delito económico, el profesor Iván Navas, director de la obra colectiva mencionada al inicio de esta charla, señala como una importante característica de los delitos económicos la anticipación de la barrera de protección mediante la utilización de los delitos de peligro, incluyendo figuras de peligro abstracto o presunto, situaciones estas en las que no existe ningún peligro concreto, real, medible, comprobable para el respectivo bien jurídico y la ley simplemente lo presume, con infracción al principio capital de lesividad u ofensividad de la conducta típica, *nullum crimen sine injuria*.

Como apunta el profesor argentino Zaffaroni, el principio de ofensividad penal es una directiva dirigida al legislador, pero también al juez, que no puede considerar prohibida la conducta concreta (el supuesto de hecho o *tatbestand* fáctico) si en el caso no ofende un bien jurídico. Este principio de lesividad, esto es, la dañosidad connatural al ilícito, que se concretará en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, ha pasado a convertirse en uno de los principios políticos centrales del Derecho Penal de la democracia.

También se vulnera el principio de culpabilidad desde que opera una presunción de derecho del peligro, frente a la cual el imputado no saca nada con tratar de acreditar que el peligro no existió, no fue real y, por tanto, enfrenta una presunción de su culpabilidad. Como señalara Frank en 1897, en los delitos de peligro abstracto la producción del peligro es un elemento típico que se presume irrefutablemente. Un siglo después, Kaufmann puntualiza que se imponen penas elevadas, aunque en la situación concreta el peligro esté totalmente descartado. El peligro es presumido en contra del reo, a este no le sirve de nada probar que su comportamiento no es peligroso.

Pero en esta legislación –y ello resulta criticable, a mi juicio– la anticipación de la tutela penal se extiende, en su afán de retroceder lo más posible, desde la lesión efectiva del bien jurídico hacia atrás, hasta abarcar los actos preparatorios, anteriores a la tentativa, que en nuestro Código Penal son, por regla general, impunes, salvo los casos específicamente penados, como la proposición y la conspiración en ciertas hipótesis y el art. 445 del Código Penal, pertinente a la fabricación y tenencia de elementos para cometer robo.

El universo de los delitos económicos comprende los delitos contra el medio ambiente, bien jurídico colectivo, calificado de amplio y difuso, de difícil precisión, según el profesor Jean Pierre Matus. Se habla de un bien jurídico omnicomprendivo, integrado por varios bienes o valores que integran el concepto genérico Medio Ambiente.

En este ámbito punitivo particular, el castigo de los actos preparatorios no ha generado mayor objeción, como lo evidencia la historia fidedigna del art. 37 bis de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, introducido por la Ley N° 20.595.

Conforme con este precepto, será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de 100 a 1.000 UTM, el que maliciosamente en la evaluación ambiental de un proyecto presentare información que ocultare, morigerare, alterar o disminuyere los efectos o impactos ambientales futuros determinados en la evaluación ambiental de un modo tal que pudiere conducir a una incorrecta aprobación de la resolución de calificación ambiental.

La discusión parlamentaria del precepto da cuenta de que se quiso sancionar la entrega de información falsa, por parte del titular de un proyecto, a la autoridad de control ambiental, y asegurar la entrega de información oportuna y veraz para

la efectividad del sistema de protección ambiental. En tal virtud, el bien jurídico protegido sería la veracidad e integridad de la información entregada al sistema de control ambiental, a la actividad inspectora de la Administración.

Se trata, entonces, de una conducta fraudulenta, engañosa, lo que se refuerza con el vocablo “maliciosamente”, cuyo significado todos conocemos.

De los antecedentes conformantes de la historia fidedigna del precepto, surge que se calificó este delito como sancionatorio de un acto preparatorio del delito de contaminación.

El castigo de los actos preparatorios, que es muy excepcional en nuestro Código Penal, ya que la regla general es su impunidad, constituye una de las formas más extremas de anticipación de la tutela penal. Plantea una evidente contradicción con principios fundamentales del Derecho Penal, como el de ofensividad, al tratarse de conductas muy alejadas de situaciones de lesión o peligro concreto para un bien jurídico. Como advierte Rodríguez Mourullo, estos casos anómalos suponen hacer abandono del Derecho Penal de acto en favor de un Derecho Penal de la voluntad o un Derecho Penal de autor, orientado hacia la actitud moral del sujeto. Las posiciones proclives al autoritarismo suelen defender la punibilidad de estos actos, como también lo hacen de la tentativa inidónea. En el proyecto de Código Penal en actual discusión en el Parlamento chileno, la punibilidad se inicia con la tentativa, señalando el art. 33 que la conspiración solo es punible si la ley lo declara expresamente, misma regla contenida en el art. 8º del Código Penal vigente.

Muchos años han transcurrido desde que Jiménez de Asúa fundara la impunidad de los actos preparatorios en la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y en la consiguiente falta de invasión en la esfera de libertad ajena.

Muchos más años han pasado desde que Carrara calificara los actos preparatorios como equívocos y a los actos ejecutivos como unívocos.

La regla general, señala Etcheberry, es la impunidad de los actos preparatorios, que están todavía muy alejados de la realización completa del hecho y, además, marcan la línea divisoria con la tentativa, estableciéndose de ordinario el límite entre la conducta impune y la conducta punible, que comienza, al menos en nuestro Código, con el principio de ejecución, esto es, con la tentativa. Antes de la tentativa, no hay ofensividad.

El penalista alemán Günter Stratenwerth es, a mi juicio, muy claro y pedagógico: Como regla general, queda impune la preparación de un hecho punible. Si se define la preparación como una conducta que antecede temporal y materialmente a la verdadera ejecución típica del delito y a la tentativa correspondiente, entonces ella –la preparación– ya conceptualmente es el estadio previo no punible del hecho punible.

Claro que la ley puede criminalizar actos preparatorios y, de hecho, así lo hace, pero como advierte el profesor Cury, es frecuente que el legislador se deje engañar por la ilusión de que salvaguarda mejor los bienes jurídicos, mediante el tocoso expediente de proteger penalmente la zona que los circunda hasta mucho más allá

de lo aconsejable. Los resultados son insatisfactorios. Esta inclinación del legislador se resuelve, concluye el maestro, en una proliferación inútil de conminaciones inoperantes, que desprestigian el sistema y debilitan la autoridad de los mandatos verdaderamente indispensables.

4.- Supresión de atenuante y mantención de agravante.

La ley, reiterando el criterio del APCP 2018, suprime la circunstancia atenuante de mayor aplicación práctica –art. 11, N° 6 del Código Penal– y mantiene la agravante que concita un desprestigio doctrinario generalizado, cual es la reincidencia.

No cabe duda de que la atenuante de irreprochable conducta anterior es la de más frecuente invocación en la práctica judicial, hasta por el defensor menos cauteloso. Si bien Alejandro Fuensalida y Eduardo Novoa se manifestaron en contra de su reconocimiento en el Código Penal, es pacífica la doctrina penalista y el criterio jurisprudencial que, acogéndola, la identifican con la ausencia de condena anterior por delito en sentencia firme. Lo exigible es, entonces, una hoja de vida judicial carente de reprensiones provenientes de sentencias condenatorias ejecutoriadas, sin requerimientos de mayores méritos o virtudes personales del enjuiciado, ni referencias a su moral individual.

Algunos autores identifican esta minorante con una concesión al humanitarismo, que no parece del todo censurable, si con ello se posibilita una adecuada aplicación de la pena (Politoff, Matus, Ramírez). Estos mismos comentaristas la caracterizan como una de las causales de atenuación más socorridas en los tribunales, en un esfuerzo por mitigar las a veces excesivas penas que se prodigan en el Código Penal y en algunas leyes especiales, permitiendo al mismo tiempo acceder a algunas de las penas sustitutivas de las privativas de libertad. La mantención de esta causal es respaldada con razones de política criminal y atribuyéndole fundamento incluso constitucional, basado en el principio de presunción de inocencia (Matus / Ramírez).

En cuanto a su supresión del catálogo de atenuantes, ya provocada por la Ley N° 20.393 y ahora ratificada por la N° 21.595, el profesor Cury ha prevenido que, si alguna vez se prescinde de ella, es posible que su ausencia se deje sentir en forma lamentable. Precisamente, nuestra contribución al LH al profesor Luis Rodríguez Collao se intitula “La circunstancia atenuante del art. 11 nro. 6 del CP, ¿debe suprimirse o mantenerse?”, concordando con la inquietud del profesor Cury. Dejamos este tema a la reflexión de la ilustrada audiencia, siendo, a mi juicio, muy relevante la opinión de la magistratura al respecto, ya que está encargada de la determinación concreta de las penas.

En cuanto a la agravante de reincidencia, que se mantiene en la legislación en examen, una revisión de la doctrina nacional pone de manifiesto la oposición de la mayoría de los autores a esta circunstancia, siendo el motivo principal la infracción al principio de culpabilidad. Precisamente, hemos incluido esta circunstancia entre las contravenciones al *nulla poena sine culpa*, tema este abordado con especial

profundidad por el profesor Manuel de Rivacoba, en su muy conocido estudio acerca del principio de culpabilidad en nuestro Código Penal, lo mismo hacen los maestros Garrido y Cury, denunciando la incompatibilidad de la agravante con dicho principio limitativo. Este último profesor la califica de agravante sin fundamentos, como un cuerpo extraño en el Derecho Penal de culpabilidad debiendo ser bienvenido todo cuanto se haga para excluirla de la ley en vigor.

La interrogante que se plantea es por qué debe sufrir el sujeto un aumento de la duración de la pena que se le impone por un nuevo delito cometido, si su actual culpabilidad vinculada únicamente a este hecho no puede verse incrementada por un ilícito anterior, que ya fue castigado, como respuesta a su reprochabilidad por ese delito del pasado. También se argumenta por numerosos autores una infracción al principio *non bis in idem*, toda vez que se agrava la responsabilidad del individuo, no debido a una intensificación del injusto o de la culpabilidad, en relación con el hecho que motiva la condena, sino en consideración a su comportamiento anterior, que ya fue objeto del correspondiente reproche y sanción y que es ajeno al hecho respecto del que recibe la sentencia actual.

El APCP 2005 no contempla esta agravante, igual criterio siguen las propuestas reformistas posteriores.

Como señalan Cobo del Rosal y Vives Antón, el instrumento más apropiado para conseguir fines preventivos de las penas no es ciertamente el aumento de la cantidad de sanción retributiva que ya fracasó, sino la aplicación de una sanción de naturaleza distinta, propia de un DP preventivo y de medidas de seguridad.

Es el Estado el que reincide, pretendiendo obtener fines preventivo-especiales, mediante la misma sanción que ya fracasó anteriormente –no logró la reinserción social del penado–, pero ahora agravada.

El proyecto de Código Penal del profesor Etcheberry elimina la reincidencia como agravante y postula la imposición de una medida de seguridad, ya que es un caso en que la imposición de la pena se ha revelado insuficiente para provocar la deseada enmienda.

NORMAS EDITORIALES

La Revista permite la presentación de trabajos en dos tipos de citas posibles: Chicago de notas y bibliografía, 17° edición y el Manual de Publicaciones de la American Psychological Association, 7° Edición.

1. Sistema Chicago de notas y bibliografía

La primera vez que citamos una fuente se debe redactar la primera nota de forma completa:

Nombre Apellido, *Título del libro*, edición si no es la primera (Lugar de publicación: Editor, Año de publicación), n° de página/s.

Las siguientes referencias a la misma fuente de forma abreviada:

Apellido del autor, *las tres o cuatro primeras palabras del título del libro*, la/s página/s citadas.

Si hay entre dos y tres autores, en la nota se escriben los nombres de todos ellos en el orden en el que aparecen.

Si son cuatro autores o más, se escribe el nombre del primero seguido de la expresión et al. (en redonda).

Si el texto que citamos ocupa más de cuatro líneas (o 100 palabras, o más de dos versos en una poesía), lo escribimos en un párrafo aparte, con sangría, a espacio sencillo y sin comillas, y separado del párrafo anterior y posterior por una línea en blanco. También podemos escribir este bloque en un tipo de letra menor que el resto del texto.

Al final se debe incluir una bibliografía completa:

Apellido, Nombre, *Título del libro*, Edición si no es la primera. Lugar de publicación: Editor, Año de publicación.

En la bibliografía, si hay más de un autor, invertimos el nombre del primer autor, seguido de los demás autores en el orden habitual.

En el caso de citar un capítulo de un libro colectivo, la nota comienza por el autor y título del capítulo (entre comillas), seguido de “en” y el título de la obra colectiva (en cursiva) y demás datos de publicación.

En la nota abreviada solo se necesita indicar el autor, el título del capítulo, y la/s página/s citada. En la bibliografía se incluyen todos los datos anteriores, y también el rango de páginas del capítulo.

Los libros electrónicos se citan igual que su versión impresa, añadiendo al final el dato del medio o formato: Kindle, PDF, EPUB.

En el caso de citar un artículo de revista académica en papel, la nota se realiza de la siguiente forma:

Nombre completo del autor o autores, título del artículo (entre comillas), *título de la revista* e información del número (volumen, número, mes, año y páginas citadas).

La nota abreviada solo contiene el apellido del autor, el título del artículo (abreviado si es muy largo) y la/s página/s citadas, todo separado por comas.

En la bibliografía indicamos el rango completo de páginas del artículo, no solo la parte citada como en las notas.

En caso de revistas electrónicas, las notas se hacen como los artículos de revistas en papel, pero añadiendo el DOI o la URL (el DOI es preferible). No es obligatorio poner la fecha de acceso pero, si se hace, se escribe antes del DOI o la URL. La nota abreviada no incluye la URL ni el DOI.

En el caso de los recursos web, debemos incluir siempre el DOI o la URL (el DOI es preferible). En el estilo Chicago, la fecha de acceso al recurso electrónico no es obligatoria. Podemos ponerla si no tenemos la fecha de publicación, ni la de modificación o revisión.

2. Sistema APA

La cita en el texto debe estar entre paréntesis y contener apellido, año de publicación y número de página con la abreviatura “p.” en caso de ser una sola página y “pp.” en caso de dos o más, separando el intervalo de páginas con un guion.

Ejemplo: (Aravena, 1982, p. 15)

Cuando se citan varias obras, se deben ordenar por orden alfabético y separarlas con punto y coma.

La referencia a obras traducidas, reimpresas o reeditadas debe incluir dos años, el de publicación de la obra original y el año de la traducción, reimpresión o reedición, separados con una diagonal.

Ejemplo: (Aravena, 1982/1998, p. 15)

Cuando se citan dos o más obras de un mismo autor publicadas en un mismo año, incluya una letra minúscula después del año.

Si existen dos autores citados que compartan el mismo apellido, agregue la inicial del nombre seguido de un punto.

Para una obra de dos autores, se debe incluir a ambos separados con un *amperсанд* (&). Para una obra con tres o más autores, incluir solo el nombre del autor principal más et al.

Las citas con una extensión menor a 4 líneas o 40 palabras se deben incorporar al texto, en cambio las que superen las 4 líneas o 40 palabras, deben citarse como bloque separado del texto, con una sangría aplicado a todo el bloque, de 1 cm desde el margen izquierdo del texto.

La lista de referencia tiene por objeto indicar las obras que se han citado en el texto, con los siguientes elementos, cada uno separado por una coma.

- a) Autor: Apellido en mayúscula y el nombre en minúscula.
- b) Fecha: año entre paréntesis seguido de un punto.
- c) Título: debe ir en cursiva y solo la primera letra en mayúscula.
- d) Fuente: se incluye el nombre de la casa editorial que publicó la obra indica o el lugar donde se puede recuperar la obra citada.

La lista de referencia se debe confeccionar por orden alfabético del apellido de los autores.

3. Información primera página

Con independencia del sistema elegido por el autor, la información de la primera página del trabajo debe ser la siguiente:

- a) Título del trabajo: tamaño 23, centrado y en la mitad superior de la hoja de título.
- b) Nombre de cada uno de los autores del escrito: bajo el título del trabajo, centrado y dejando doble espacio, tamaño 12 en negrita, debe incluir el nombre, primer apellido y segundo apellido.
- c) Grado o cargo: grado académico e institución en la que se obtuvo.
- d) Afiliación académica de cada autor: bajo el nombre del autor, centrado y en tamaño 12, indicar el lugar donde el autor o autores trabajan.
- e) Dirección de correo electrónico institucional: bajo la afiliación académica, centrado y en tamaño 12.

- f) Resumen: bajo la dirección de correo y dejando doble espacio, con letra tamaño 12, debe ir un resumen breve y detallado del contenido del escrito, con un máximo de 250 palabras. Debe redactarse en un solo párrafo, sin sangría en la primera línea.
- g) Palabras claves: incluir 5 palabras que describan los aspectos más importantes del trabajo, tamaño 12.
- h) Título abreviado: versión abreviada del título del trabajo, el que no debe contener más de 50 caracteres y se debe ubicar al margen izquierdo superior de cada una de las páginas del escrito, en tamaño 12 con letras mayúsculas.

4. Aspectos formales del escrito:

- a) Tipo de letra: Calibri Light 12.
- b) Interlineado: doble espacio.
- c) Extensión: los trabajos deberán tener una extensión máxima de 60 páginas, incluida la bibliografía. Sin perjuicio de lo anterior, se podrá autorizar una mayor extensión por motivos fundados.
- d) Margen: utilizar margen de 2,54 cm en todos los lados de la página.
- e) Párrafos: los párrafos del escrito deben estar en modalidad justificado.

NORMAS ÉTICAS

Las publicaciones de la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad San Sebastián presuponen un proceso editorial riguroso y transparente que esté en condiciones de asegurar, además de la divulgación de trabajos académicos de calidad, el cumplimiento de ciertos estándares éticos objetivos y conocidos por la comunidad científica. El objetivo de los mencionados criterios consiste esencialmente en que el artículo publicado efectivamente dé cuenta de una investigación original, en la que se pueda comprobar la efectiva vinculación del autor con su contenido y en la que el uso del material bibliográfico utilizado sea fidedigno.

Como *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad San Sebastián nos ha interesado presentar de manera ordenada un conjunto de normas éticas cuya observancia resulta indispensable en todo trabajo investigativo sometido a nuestro examen editorial. El siguiente listado no pretende ser un texto científico respecto de dicho tipo de normas, sino informar a la comunidad académica acerca de las conductas que consideramos como reprochables y las eventuales sanciones que estas merecen, de tal manera que los trabajos que puedan ser publicados en nuestras páginas mantengan el rigor científico e intelectual que de ellos se espera.

Finalmente, nos ha parecido oportuno recalcar que el respeto de las normas éticas en las publicaciones académicas no solo implica su revisión minuciosa por parte del Comité Editorial, sino que requiere preliminarmente de un compromiso asumido por el mismo autor, desde el momento en que somete el trabajo para dar curso al proceso editorial hasta una eventual publicación. Por ello nos parece relevante que aquel lleve a cabo permanentemente un examen interno y exhaustivo de su labor investigativa, comprendiendo el impacto que su trabajo puede tener, tanto en el desarrollo del proceso editorial mismo como en la comunidad científica y en la sociedad en general.

II. Conductas éticamente reprochables y su sanción

a) Del plagio:

1. La conducta más gravemente atentatoria contra el derecho de autor en el marco de los procesos editoriales es el plagio. Hay plagio cuando se presentan como propias ideas planteadas previamente por otro autor, sin reconocer adecuadamente dicha autoría.

2. Se distinguen las siguientes variantes de plagio:
 - 2.i. Plagio completo: Constituye la apropiación literal de una idea ajena que, al no contar con la debida referencia, se hace pasar por propia. El plagio completo implica una falta grave a la ética y al rigor académico, sin perjuicio de las demás sanciones legales que sean aplicables.
 - 2.ii. Plagio parcial o mosaico: Ocurre cuando el contenido del trabajo presentado, o una parte relevante del mismo, corresponde a la combinación de más de una fuente, sean o no de un mismo autor, que ya han sido publicadas, difundidas o presentadas por uno o más terceros, sin que se identifique claramente la o las fuentes correspondientes.
 - 2.iii. Plagio minimalista: Se refiere al caso en que el contenido del trabajo presentado, o una parte relevante del mismo, corresponde a las ideas, aseveraciones, datos, planteamientos, argumentaciones y conclusiones que ya han sido publicadas, difundidas o presentadas por un tercero, sin que se identifique claramente la fuente correspondiente. La diferencia con los casos anteriores es que, en este supuesto, el plagio se realiza por medio de la reelaboración de un texto o de ideas ajenas desconociendo su origen.
3. Detectada una conducta de autoplagio en los términos antes indicados, tal circunstancia se pondrá en conocimiento del autor, describiéndose la conducta reprochada y las razones que han llevado a tal calificación. El autor podrá efectuar sus descargos dentro del plazo indicado por el Comité Editorial para su correcta ponderación previo a la aplicación de la correspondiente sanción. En caso de ser identificada una conducta de plagio en un trabajo enviado para su publicación a la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad San Sebastián, aquel será inmediatamente rechazado y no se permitirá al autor de dicho plagio publicar en nuestra Revista por un plazo de al menos un año calendario, contado desde la fecha en que se notifica el rechazo de su trabajo por la razón antes expresada; todo lo anterior sin perjuicio de las sanciones legales que resulten aplicables.

b) Del autoplagio:

4. Hay autoplagio cuando el autor envía a la consideración editorial un trabajo que ya se encuentra publicado en otro medio (sea impreso o digital), o utiliza una parte sustancial de dichos textos, ideas, aseveraciones, datos, planteamientos, argumentaciones y conclusiones que ya han sido publicadas, difundidas o presentadas por el propio autor.
5. Se distinguen los siguientes tipos de autoplagio:
 - 5.i. Reciclaje de textos: Implica la presentación de un trabajo íntegramente publicado en otro medio, sin poder identificar diferencias sustanciales entre uno y otro texto.

- 5.ii. Autoplagio propiamente tal: Se refiere a la presentación de un trabajo que contiene ideas, aseveraciones, datos, planteamientos, argumentaciones y conclusiones que ya han sido publicadas, difundidas o presentadas por el propio autor en cualquier medio.
6. El procedimiento y la sanción aplicables al autoplagio serán idénticas a las señaladas en el n. 3 precedente.

c) De otros problemas de autoría:

7. Identificación errada de la autoría del texto: Se refiere al caso en que quienes son identificados en el texto como autores del trabajo no son realmente quienes han participado sustancialmente en su redacción.
8. Incorporación de autores luego de iniciado el proceso editorial: Se refiere al caso en que el texto ha sido presentado por uno o varios autores y durante el proceso editorial se pretende la identificación de nuevas personas en calidad de autores.
9. Retiro de autores luego de iniciado el proceso editorial: Se refiere al caso en que el trabajo ha sido presentado por uno o varios autores durante el proceso editorial y se pretende que alguno de ellos sea retirado de la calidad de autor.
10. En el caso señalado en el n. 7 precedente, la Revista podrá solicitar a quien haya presentado el trabajo una constatación del plan de trabajo pactado entre los intervinientes que haya identificado claramente la función que a cada cual correspondería en la investigación.
11. En el caso señalado en el n. 8 precedente, se solicitará al autor original y al nuevo autor una aclaración exhaustiva de los motivos por los cuales no se identificó a la persona como autor en la presentación original.
12. En el caso señalado en el n. 9 precedente, se solicitará al autor una aclaración exhaustiva de los motivos por los cuales se identificó a la persona como autor en la presentación original y se requerirá del consentimiento expreso de quien había sido identificado como autor, juntamente con una explicación por parte de este último de la situación planteada.
13. Detectado un problema de autoría en los términos antes indicados, se pondrá en conocimiento del autor o los autores y terceros interesados la conducta reprochada y las razones que han llevado a tal calificación. El autor, autores o interesados podrán efectuar sus descargos dentro del plazo indicado por el Comité Editorial.
14. En caso de que las explicaciones del autor, autores o interesados no aparezcan como plausibles, se rechazará el trabajo en cuestión y se sancionará a los involucrados de modo que estos no puedan publicar en la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad San Sebastián por un plazo de

al menos un año calendario, a juicio del Comité Editorial. Si las explicaciones aparecen como plausibles, no se aplicarán sanciones; pero el proceso editorial será dejado sin efecto y se volverá a iniciar.

d) De los problemas de honestidad en el uso de las fuentes y la protección de datos en la investigación:

15. En estos casos, el reproche se produce porque el autor no ha utilizado las fuentes de manera honesta, por ejemplo, falseando los datos que son expresados en el trabajo o no habiendo sido lo suficientemente diligente en su obtención. Igualmente ocurre cuando el autor no ha tomado los resguardos suficientes para dar cumplimiento a las normas que se refieren al tratamiento de datos personales, especialmente aquellos de carácter sensible.
16. En el caso de falseamiento o falta de corroboración de las fuentes, se solicitará al autor la exhibición de los documentos a partir de los cuales desarrolló el trabajo o la complementación de la investigación, según corresponda.
17. En el caso de incumplimiento de la normativa correspondiente a la protección de datos personales, se solicitará al autor la acreditación de que ha dado cumplimiento efectivo a dichas normas.
18. Una vez puesta tal calificación y sus motivos en conocimiento del autor, este podrá efectuar sus descargos en el plazo que se le indique por el Comité Editorial.
19. En caso de falseamiento de las fuentes, la sanción será idéntica a la contemplada en el n. 3 precedente. En caso de falta de corroboración de fuentes o incumplimiento de la normativa acerca de protección de datos personales, se suspenderá el proceso editorial hasta la comprobación de su cumplimiento. Lo anterior no obsta a que el Comité Editorial pueda rechazar fundadamente el trabajo debido a la ausencia de rigor científico.

e) De la duplicidad de envíos:

20. Este supuesto ocurre cuando el trabajo presentado se encuentra paralelamente sometido a consideración de otras sedes de edición como parte de un trabajo más extenso, con independencia de si ello implicará su publicación en un libro, capítulo de libro, trabajo de revista, publicación digital u otras.
21. Detectado un problema de duplicidad de envíos en los términos antes indicados, y una vez puesta en conocimiento del autor la calificación y sus motivos, aquel podrá efectuar sus descargos dentro del plazo indicado por el Comité Editorial.
22. En caso de acreditarse la duplicidad de envíos, se procederá al inmediato rechazo de la publicación, como asimismo no se permitirá al autor publicar

en la Revista por un plazo de al menos un año calendario, a juicio del Comité Editorial; todo lo anterior sin perjuicio de que la *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* de la Universidad San Sebastián se reserva el derecho de poner dicha situación en conocimiento de todos los editores de las publicaciones en las que se ha advertido la duplicidad de envío.

