

Constitucionalidad de la ley que impone el pago de indemnización por daños punitivos a las empresas concesionarias de servicios, a propósito de la Ley General de Telecomunicaciones



MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

Profesor Facultades de Derecho Universidad Católica de Chile y de los Andes

RESUMEN

El autor examina la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 5 de julio de 2007, donde se solicitó la inaplicabilidad del artículo 27 inciso 2° de la Ley General de Telecomunicaciones que contempla sanciones privadas o indemnizaciones punitivas. Sostiene que a esa especie de sanciones se aplican los principios y normas constitucionales relativos a la potestad sancionadora del Estado, como el de reserva de ley, aunque con ciertos matices y flexibilidades, dada su naturaleza, por ejemplo, admitiendo una mayor ductilidad en la descripción de la conducta sancionada.

SUMARIO

I. Introducción. II. Objeciones de constitucionalidad. III. Examen de las objeciones por el Tribunal. 3.1. Supuesto. 3.2. Respeto del debido proceso. 3.3. Igualdad ante la ley. 3.4. Libre iniciativa. 3.5. Derecho de propiedad. IV. Evaluación. 4.1. Sentido y alcance del artículo 27 inciso 2°. 4.2. Constitucionalidad de las cláusulas que contemplan indemnizaciones punitivas. 4.2.1. Fundamento económico. 4.2.2. Fundamento jurídico. 4.3. Extensión del artículo 19 N° 3° inciso 6°. 4.3.1. Significado inicial. 4.3.2. Situación después de la Reforma Constitucional de 1989. 4.3.3. Extensión a la potestad sancionadora de la Administración. 4.3.4. ¿Extensión a las sanciones privadas? 4.3.5. Aplicación al precepto legal impugnado. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Respondiendo a esta nueva convocatoria de *Sentencias Destacadas* –hito anual del estudio jurisprudencial en nuestro país–, me ha parecido interesante presentar algunas ideas a propósito de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional (el Tribunal), el 5 de julio de 2007, en los Roles acumulados N° 694 y 696.

En dichos expedientes, la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. dedujo dos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 27 inciso 2° de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, en virtud del cual “toda suspensión, interrupción o alteración del servicio telefónico que exceda de 12 horas por causas no imputables al usuario, deberá ser descontada de la tarifa mensual de servicio básico a razón de un día por cada 24 horas o fracción superior a 6 horas. En caso que la suspensión, interrupción o alteración exceda de tres días consecutivos en un mismo mes calendario y no obedezca a fuerza mayor o hecho fortuito, el concesionario deberá indemnizar al usuario con el triple del valor de la tarifa básica diaria por cada día de suspensión, interrupción o alteración del servicio. Los descuentos e indemnizaciones que se establecen en este artículo deberán descontarse de la cuenta o factura mensual más próxima”.

Luego de resumir las objeciones formuladas por la requirente y lo decidido por el Tribunal, avanzaré en torno de una cuestión concreta planteada en los autos aludidos, consistente en dirimir la constitucionalidad del precepto legal que impone la obligación de pagar una suma de dinero, como castigo –y no a título de compensación–, por defectos, deficiencias o interrupciones en el servicio que presta al usuario afectado, especialmente, de frente al principio de presunción de inocencia.

II. OBJECIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

A juicio de la parte requirente, la norma recién transcrita presentaba cuatro vicios de constitucionalidad:

En primer lugar, el artículo 27 inciso 2° de la Ley N° 18.168 vulneraría la prohibición de presumir la responsabilidad penal, contenida en el artículo 19 N° 3° inciso 6° de la Constitución, aplicable, en este caso, a la potestad sancionadora de la Administración.

Ello a raíz que la presunción de inocencia, bien sea considerada como derecho o como principio informador del *ius puniendi*, impli-

ca que el *onus probandi* corresponde al acusador o a la Administración, lo cual conlleva la necesidad de un procedimiento contradictorio, con participación y audiencia del inculpado, pudiendo suministrar, recoger y aportar los elementos probatorios necesarios, a través de los medios comunes, a fin de poder desvirtuar los fundamentos del supuesto de hecho cuya calificación como falta administrativa se pretende.

Asimismo, la requirente sostiene que el precepto legal impugnado lesiona el debido proceso atendido que las pruebas deben ser apreciadas y tasadas por un órgano jurisdiccional imparcial, de frente a lo cual y sin perjuicio de considerar que la Subsecretaría de Telecomunicaciones está revestida de potestades fiscalizadoras para el cumplimiento de las normas legales que regulan la actividad de las concesionarias del servicio público de telecomunicaciones, no puede erigirse en Tribunal para los efectos de pronunciarse sobre las indemnizaciones contempladas en el artículo 27 inciso 2° de la Ley N° 18.168, pues ello pugna con los principios que derivan de los artículos 19 N° 3° y 76 de la Constitución.

En segundo lugar, se objeta el artículo referido porque vulneraría la igualdad ante la ley, ya que contiene una discriminación que afecta gravemente el ejercicio legítimo de la actividad económica sobre telecomunicaciones.

Por una parte, tal discriminación se configuraría porque la indemnización prevista *ex ante* por el legislador puede resultar inadecuada tanto por insuficiente o por ser abusiva; y, de otra, atendida la diferencia injustificada entre las dos hipótesis contempladas en el artículo 27 inciso 2°, pues, mientras que, en el caso que se trate de una suspensión, interrupción o alteración del servicio que exceda de 12 horas, el concesionario debe efectuar descuentos en la tarifa al consumidor, siempre que cualquiera de las afectaciones señaladas no sea imputable al usuario; en el otro caso, cuando la suspensión, interrupción o alteración sea superior a tres días consecutivos, la empresa está obligada a indemnizar al usuario siempre y cuando las afectaciones indicadas no obedezcan exclusivamente a fuerza mayor o hecho fortuito.

De allí que, a juicio de la requirente, no se divise motivo razonable alguno para que el legislador, habiendo otorgado a la empresa, en el primer caso, una causal de calificación previa para ponderar en qué casos procede eventualmente la reparación, haya excluido al mismo tiempo la posibilidad de poder realizar la misma calificación

en una circunstancia que con mayor razón es necesaria, dado que se trata de montos claramente superiores a los primeros.

En tercer lugar, el recurso sostiene que se lesiona la libertad para desarrollar actividades económicas, puesto que, sin un proceso judicial previo, se impone a la empresa pagar el monto de los perjuicios a indemnizar a los usuarios y la aplicación o descuento de tal indemnización se deja entregada por el legislador a una mera resolución de la autoridad administrativa.

Finalmente, el recurso expone que se vulnera el derecho de propiedad, ya que la disposición legal impugnada no pretende restituir el equilibrio de las prestaciones entre las partes del contrato, descontando o efectuando –como en el caso de la primera parte de la disposición– una devolución de lo pagado por el usuario en una suma proporcional al tiempo de afectación del servicio, sino que impone *una disminución neta del patrimonio que no siempre guardará relación con el supuesto daño del usuario* y que, por tanto, *no es simplemente restitutoria*.

Por ello, la indemnización prevista por la ley es constitutiva de *una sanción, pero desproporcionada*, con lo cual se transforma en una especie de exacción patrimonial o afectación desmedida al derecho de propiedad del prestador del servicio, a la par que un eventual *enriquecimiento ilegítimo* para el usuario a quien, además, se le libera de la *carga de probar* los perjuicios que, eventualmente, haya sufrido.

III. EXAMEN DE LAS OBJECIONES POR EL TRIBUNAL

3.1. Supuesto

Decisivo va a resultar, en la resolución del asunto, que el Tribunal sostenga “que el precepto legal reprochado de inconstitucionalidad no es una norma relativa, al enjuiciamiento del administrado por la autoridad administrativa sino una *disposición de índole sustantiva* que establece las *consecuencias jurídico-patrimoniales* que se derivan para las partes del *contrato de suministro* telefónico en el evento de una interrupción o alteración de la prestación del servicio por causas no atribuibles al usuario”¹.

Tal obligación lleva a la Magistratura Constitucional a sostener que “en tal calidad de norma sustantiva y no procedimental, ella podrá ser

¹ Considerando 6°.

aplicada por el órgano competente, que en una primera fase del procedimiento es la propia autoridad administrativa sectorial y, en definitiva, por el tribunal ordinario (Corte de Apelaciones en este caso) ante el cual es recurrible la determinación que aquella adopte”².

“En consecuencia –sigue el fallo–, no es el precepto objetado el que podría transgredir las normas constitucionales del debido proceso (en su aplicación al Derecho Administrativo Sancionador) ni el derecho a ser juzgado por los tribunales de justicia que le asiste a toda persona en un Estado de Derecho, sino eventualmente otras normas de la propia Ley General de Telecomunicaciones, en especial sus artículos 36, inciso primero, y 36 A, que no han sido impugnados por la requirente”³.

A renglón seguido, sin embargo, la sentencia contiene una consideración no sometida a su conocimiento, al señalar que aquellas disposiciones legales –no impugnadas– “cautelan adecuadamente el respeto a las exigencias de un debido proceso, tanto en la fase administrativa del procedimiento, contemplando la notificación del imputado de infracción y su posibilidad de formular descargos y rendir pruebas, cuanto en lo concerniente a la revisión jurisdiccional por un tribunal independiente e imparcial de lo resuelto en primera instancia por el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones”⁴.

Esta declaración –verdadero *obiter dicta*– no impide, por cierto, someter al Tribunal, en el futuro, el control de constitucionalidad de los artículos 36 inciso 1° y 36 A de la Ley N° 18.168.

3.2. Respeto del debido proceso

Lo expuesto conduce, desde luego, a que el Tribunal rechace la objeción planteada por la recurrente al artículo 19 N° 3°.

En efecto, respecto de la presunta infracción a la prohibición constitucional de presumir de derecho la responsabilidad penal, será rechazada “toda vez que aparece de manifiesto que el inciso segundo del artículo 27 de la Ley N° 18.168 no impone *responsabilidad penal* a la empresa concesionaria del servicio público telefónico por el hecho de la suspensión, interrupción o alteración de la pres-

² Id.

³ Id.

⁴ Considerando 7°.

⁵ Considerando 8°.

tación del mismo, sino simplemente contempla *responsabilidad civil* del prestador, expresada en la obligación de restituir la parte del cargo fijo correspondiente a la fracción de tiempo en que no se ha cumplido con la prestación y, adicionalmente, una cláusula penal de naturaleza civil cuando la suspensión o interrupción del suministro se hubiere extendido a más de tres días consecutivos en el mismo mes calendario”⁵.

Tales “obligaciones –a juicio del Tribunal– se inscriben *por completo* en el marco de *las relaciones contractuales* de las partes, reguladas con sentido de equilibrio y ecuanimidad por el legislador respecto de contratos que se suscriben por adhesión para la prestación de servicios de utilidad pública, y resultan ajenas a la connotación de ejercicio del *ius puniendi* estatal que ha querido ver la requirente”⁶.

3.3. Igualdad ante la ley

En nexa con este segundo reproche, el Tribunal acude a otros ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico, para señalar que “sanciones civiles similares a las contempladas en el precepto impugnado se contienen en varias otras leyes regulatorias de la prestación de servicios de utilidad pública, como sucede con el suministro de electricidad o de agua potable y otros de análoga naturaleza, precisamente para resguardar sus esenciales características de continuidad, regularidad y uniformidad, consustanciales a su condición de servicios llamados a satisfacer necesidades masivas y de índole básica”⁷.

Particularmente útil es, a juicio del sentenciador, acudir al artículo 25 de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, pues con ella se demuestra “que el legislador ha dado un tratamiento idéntico a todos los proveedores de servicios de utilidad pública cuando paralizan injustificadamente la prestación del servicio a que se han obligado contractualmente (...)”⁸.

3.4. Libre iniciativa

El Tribunal desecha también la objeción formulada por el recurrente, en cuanto a la infracción alegada respecto del artículo 19 N° 21°

⁶ Considerando 8°.

⁷ Considerando 9°.

⁸ Id.

de la Constitución, por cuanto no puede olvidarse que “la actividad económica consistente en la prestación de servicio público telefónico no es una de aquellas que puedan emprenderse por los particulares omnímodamente, por su sola y simple voluntad, sino que se trata de una actividad regulada por la ley”⁹.

Al mismo tiempo, se recuerda en la sentencia que la regulación legal aludida “contempla que esta clase de servicios se prestan al público previa una concesión expedida por la autoridad competente, lo que supone para el concesionario someterse a una serie de exigencias y requisitos establecidos en pos de asegurar la calidad y continuidad del servicio”¹⁰.

En fin, “otro rasgo caracterizante de la regulación de los servicios de utilidad pública es que la autoridad encargada de velar por su correcta prestación es la facultada por el legislador, en primera instancia, para aplicar la regulación pertinente en la esfera administrativa, lo que incluye el ejercicio de una potestad sancionatoria en el caso de infracciones, sin desmedro de que sus determinaciones sean revisables, a instancias del afectado, en sede jurisdiccional, aspecto que garantiza, en último término, una decisión objetiva, imparcial y apegada a derecho del conflicto suscitado entre la autoridad y el concesionario”¹¹.

3.5. Derecho de propiedad

Finalmente, en lo relacionado con la presunta vulneración de este derecho, los sentenciadores advierten “que en la especie no están en juego los derechos que para la empresa nacen del contrato de concesión en cuya virtud presta estos servicios al público. En efecto, su calidad de concesionaria se mantiene incólume, sin perjuicio de que deba cumplir con las obligaciones que la concesión le impone, entre ellas la de prestar el servicio en forma continua y satisfactoria”¹².

Con todo, el Tribunal profundiza su argumentación al desentrañar la genuina naturaleza de las indemnizaciones que impone el artículo 27 inciso 2° de la ley, al señalar que, en la parte que obliga a descontar la fracción del cargo fijo correspondiente a los días en que el servicio no se prestó sin que haya en ello culpa del usuario,

⁹ Considerando 10°.

¹⁰ Id.

¹¹ Id.

¹² Considerando 11°.

se trata de una indemnización restitutoria; en tanto que constituye una evaluación anticipada de perjuicios que ha hecho el legislador, con un fin lícito, por medios idóneos y por razones prácticas, derivadas de la masividad de este tipo de prestación de servicios que hace económicamente incosteable demandar indemnizaciones compensatorias en cada caso individual, cuando la interrupción del suministro se prolonga por más de tres días.

En fin, se explica en la sentencia “que este tipo de consecuencias civiles del incumplimiento (indemnización compensatoria) es de frecuente utilización en el derecho comparado, dando lugar a lo que la doctrina anglosajona ha denominado “daños punitivos”, verdaderas multas de beneficio privado que el ordenamiento contempla para sancionar incumplimientos de contratos que se celebran en masa y a cuyo respecto no cabe concebir una multiplicidad de demandas individuales, que harían imposible asumir los costos de transacción adversos que la reclamación tendría para los consumidores”¹³.

Las razones brevemente expuestas llevan al Tribunal, en definitiva, a negar lugar al requerimiento de inaplicabilidad.

IV. EVALUACIÓN

Habiendo resumido las objeciones formuladas por el requirente y lo decidido, respecto de cada una de ellas, por el Tribunal, formulo algunas reflexiones a propósito de la sentencia pronunciada por el Tribunal el 5 de julio de 2007, en nexo con la obligación impuesta por el legislador, a una empresa prestadora de un servicio, de pagar una cantidad de dinero al usuario, a título de pena y excediendo el perjuicio causado, por la provisión defectuosa o incompleta del servicio.

4.1. Sentido y alcance del artículo 27 inciso 2°

Resulta menester examinar, previamente, la naturaleza de las indemnizaciones contempladas en el precepto legal impugnado, especialmente, para determinar si se trata de dos especies diversas de indemnización, v. gr., una de ellas compensatoria y otra punitiva, de manera de verificar si es posible sostener la constitucionalidad

¹³ Id.

de estas últimas, especialmente de frente a la cláusula que prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal.

En esta perspectiva, el precepto legal impugnado prevé dos daños a cada uno de los cuales asocia una determinada reparación. Por una parte, cuando se produce una suspensión, interrupción o alteración del servicio telefónico que exceda de 12 horas, por causas no imputables al usuario, el concesionario del servicio debe descontar de la tarifa mensual de servicio básico a razón de un día por cada 24 horas o fracción superior a 6 horas, configurándose así una indemnización compensatoria, de manera de “reemplazar en el patrimonio de la víctima el valor destruido por el delito o cuasidelito”¹⁴.

Por otra parte, en caso que la suspensión, interrupción o alteración exceda de tres días consecutivos en un mismo mes calendario y siempre que no obedezca a fuerza mayor o hecho fortuito, el concesionario deberá indemnizar al usuario con *el triple* del valor de la tarifa básica diaria por cada día de suspensión, interrupción o alteración del servicio, con lo cual se produce no solo la compensación, consistente en restituir al usuario el valor de la tarifa básica, sino que se aumenta el monto a título, al parecer, de pena, sanción o castigo.

Digo, al parecer, puesto que podría argumentarse –lo que no se planteó en la sentencia examinada– que, en este segundo caso, nada se añade a la compensación, al disponer el descuento del *triple* del valor de la tarifa básica, puesto que la inexistencia de servicio telefónico por tres días consecutivos, en la actualidad, no se repara solo mediante la devolución de la tarifa básica, siendo irrisorio que, con esa cantidad y aun con el triple de ella, pueda compensarse el perjuicio causado al usuario que hoy demanda conectividad permanente no solo para el contacto vía telefónica, sino para las actividades que requieren de ese servicio para su realización, como es la conexión a Internet.

Por ello, resultaría posible, incluso, cuestionar la constitucionalidad del monto indemnizatorio contemplado las dos hipótesis previstas en el artículo 27 inciso 2°, especialmente, de frente a su proporcionalidad, puesto que “se supone que los daños punitivos guardan una relación razonable con los daños compensatorios y la capacidad de pago del demandado (...)”¹⁵, de modo que cabría indagar si

¹⁴ ALESSANDRI (1983) p. 558.

¹⁵ COOTER y ULEN (1998) p. 444.

las indemnizaciones previstas en aquel precepto legal –la tarifa mensual de servicio básico a razón de un día por cada 24 horas o fracción superior a 6 horas, cuando el servicio se ha interrumpido por más de 12 horas; o el triple del valor de la tarifa básica diaria, cuando ha cesado por tres días– efectivamente reparan el daño causado al usuario. De este análisis, para el cual resulta relevante examinar la historia de la ley que introdujo ese precepto en nuestro ordenamiento jurídico¹⁶, puede surgir, en consecuencia, que una y otra indemnización son meramente compensatorias –y, tal vez, insuficientes, como lo expuso la misma recurrente–, sin que pueda sostenerse que una parte de la segunda de ellas sea punitiva, con lo que resultaría inoficioso, entonces, examinar la constitucionalidad de este tipo de cláusulas, en este caso.

4.1. Constitucionalidad de las cláusulas que contemplan indemnizaciones punitivas

Obviando la duda planteada, en cuanto a la genuina naturaleza –en los hechos– de la indemnización contemplada en la segunda hipótesis contenida en el artículo 27 inciso 2° de la Ley N° 18.168, la causa resuelta por el Tribunal permite, sin embargo, examinar la constitucionalidad de preceptos legales que contemplen una sanción civil por “(...) el especial repudio que una determinada conducta merece al legislador, de forma que establece un castigo, que consiste, normalmente, en una cantidad de dinero o en un beneficio mayor que será recibido por quien ha sufrido las consecuencias de la acción repudiada”¹⁷.

4.1.1. Fundamento económico

Resulta conveniente considerar, para explicar la existencia de indemnizaciones punitivas, que ellas surgen a raíz de constatarse que no existe un sistema de responsabilidad que sea perfecto, es decir, donde las disputas que se planteen entre el fabricante o proveedor de bienes o servicios y sus usuarios o consumidores se resuelvan sin costo y sin error, de manera que el pago de los daños causados por aquellos a estos sea perfectamente compensatorio.

¹⁶ Boletín N° 1.022-15.

¹⁷ SEGURA (2005) p. 639.

Así lo ejemplifican COOTER y ULEN al señalar que “un fabricante de un aditivo para motores automotrices está vigilando cuidadosamente los costos. Puede establecer el control de calidad a un nivel alto o bajo. El control de calidad de alto nivel cuesta \$ 9.000 por año y garantiza que el aditivo es puro y nunca causará daños a los coto-rees automotrices. El control de calidad de bajo nivel no cuesta nada (de modo que se ahorra \$ 9.000), pero hace que algunos lotes del aditivo sean deficientes. Algunos automóviles que usen los lotes deficientes serán dañados; específicamente, el daño esperado para los automóviles es de \$10.000 por año (\$ 1.000 de daños esperados por 10 automóviles)”¹⁸.

Si el sistema de indemnizaciones compensatorias fuera perfecto, en el caso planteado, el riesgo de indemnizar \$ 10.000, llevaría al proveedor a gastar los \$ 9.000, ahorrándose \$ 1.000, en un control de calidad de alto nivel. Empero, el sistema no es perfecto. Desde luego, no todos los consumidores están dispuestos a demandar, más aún, tratándose de servicios proveídos a un gran número de usuarios donde, incluso, el costo que implica demandar puede no justificar lo que se obtendrá a título de indemnización para compensar los daños causados.

COOTER y ULEN siguen ilustrando al respecto con el ejemplo ya planteado, denominando *error de ejecución* a la proporción entre las víctimas que serán indemnizadas de las que no serán, v. gr., asumiendo que uno de cada dos consumidores afectados demande y recupere efectivamente el daño que se le causó, “la responsabilidad esperada del fabricante será \$ 5.000 si adopta el nivel bajo de control de calidad. Sin embargo, podrá ahorrarse \$ 9.000 reduciendo el nivel de su control de calidad de alto a bajo. Por lo tanto el error de ejecución crea en este ejemplo una situación en la que un fabricante maximizador de sus beneficios, cuya responsabilidad esperada se limita al pago de daños compensatorios, escogerá el control de calidad de nivel bajo, que es ineficiente”¹⁹.

4.1.2. Fundamento jurídico

Desde el ángulo del Derecho Civil, se ha explicado también el sustento de esta especie de indemnización, aclarando que se trata

¹⁸ COOTER y ULEN (1998) p. 444.

¹⁹ COOTER y ULEN (1998) p. 445.

de *penas privadas*, “(...) penas, porque su objeto no es tanto reparar el daño causado a la víctima, como castigar al culpable, y son privadas, porque, a diferencia de las penas propiamente tales, se imponen en interés de la víctima y no de la sociedad (...)”²⁰.

Sin embargo, resulta menester elevar el análisis hacia la supremacía constitucional, pues no hay duda que el legislador puede contemplar las denominadas penas privadas –y solo él puede hacerlo, ya que se trata, en definitiva, de sanciones que exigen, desde luego, respetar el principio de reserva legal en la materia–, pero debe examinarse si aquella decisión legislativa se ajusta a los principios y normas constitucionales, especialmente en nexo con su artículo 5° inciso 2° que exige el respeto y promoción de los derechos fundamentales.

Más todavía, si se considera que “(...) tanto la justificación y fundamentación exacta de estos daños como su finalidad han generado un largo debate (...). Incluso existe, en el presente, un debate en torno de la constitucionalidad, en cuanto pondrían en riesgo tanto la Octava Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, que prohíbe penas excesivas o crueles como la garantía del debido proceso”²¹, particularmente, según se revisará en seguida, si se considera que puede quebrantar la presunción de inocencia.

4.2. Extensión del artículo 19 N° 3° inciso 6°

El artículo 19° N° 3° inciso 6° de la Constitución prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal, lo cual deriva, en una de sus aristas, en que “la carga de la prueba corresponde al Estado, de tal modo que si no logra satisfacer un estándar probatorio impuesto por la Ley Procesal Penal, la consecuencia necesaria del incumplimiento del cargo es la absolució n del imputado y este por ende no tiene la carga de probar su inocencia, de lo cual se deriva el segundo resultado de este derecho, como es que el imputado durante el proceso no tiene obligac ión alguna de probar su inculpa bilidad (...)”²².

²⁰ ALESSANDRI (1983) p. 556.

²¹ DOMÍNGUEZ (2000) p. 101. Véanse las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema de Estados Unidos en *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996); *State Farm v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003); y la sentencia pronunciada el 20 de febrero de 2007, en *Phillip Morris v. Williams*, 127 S.Ct. 1057 (2007).

²² Considerandos 1° y 3° de la sentencia pronunciada el 13 de julio de 2004, reproducida en *VI Revista Procesal Penal* (2003) (Santiago: Ed. LexisNexis) pp. 420, 421-422.

4.2.1. Significado inicial

Explicando el sentido y alcance del precepto constitucional aludido, consta en la historia fidedigna de su establecimiento que él importa el derecho de las personas “(...) a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe judicialmente su culpabilidad en conformidad a la ley. Esta no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”²³, puesto que “la presunción de inocencia no solo está inspirada en un principio de justicia, sino en el propósito de defender la honra de las personas, ya que en nuestro país existe el concepto errado y generalizado de que toda persona sujeta a proceso es realmente un delincuente”²⁴.

Sin embargo, el Consejo de Estado, en su Proyecto de Nueva Constitución, eliminó el inciso propuesto por la Comisión de Estudio que contemplaba aquella presunción, en atención al siguiente debate:

“Con respecto al inciso sexto de este número, don Julio Philippi señala que la norma contenida en él puede producir efectos no deseados en una serie de materias, ya que existen delitos como la usura en los que es innecesario probar la culpabilidad, pues ella se produce por el mero hecho de cobrarse un interés superior al legal, o sea, de manera matemática; por otra parte, hay infracciones meramente mecánicas en los sistemas aduanero y tributario, en las que tampoco se precisa demostrar la culpabilidad.

El señor Ortúzar aclara que la finalidad del precepto es la de que el legislador no pueda presumir de derecho la responsabilidad penal, en forma que las personas siempre puedan probar que no han tenido intención de ejecutar un hecho aparentemente delictuoso. La Comisión tuvo muy particularmente en cuenta –añade– el hecho de que, mientras no se pruebe judicialmente que alguien es culpable de un delito, debe presumirse su inocencia.

El señor Philippi insiste en sus observaciones, sosteniendo que en la actualidad hay muchos sistemas penales que resultarían alterados con la disposición en estudio, especialmente en materia de aduanas. No le parece adecuado consagrar en la Constitución un principio de derecho tan fundamental, cuando los tribunales disponen de diversos mecanismos para impedir la comisión de injusticias.

Puesto en votación el inciso, se lo rechaza, con los votos en contra de los Consejeros señores Ortúzar y Carmona”²⁵.

²³ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN, sesión 124ª, pp. 16-17.

²⁴ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN (1981) p. 187.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, sesión 58ª, pp. 4-5.

Siguiendo este criterio, la Junta de Gobierno restituyó el precepto aprobado por la Comisión de Estudio, aunque solo en su segunda frase –hoy contenida en el artículo 19 N° 3° inciso 6°– y sin contemplar la presunción de inocencia, pues así se admitía la constitucionalidad de las presunciones simplemente legales de responsabilidad penal, las cuales habrían sido también contrarias a la Carta Fundamental de haberse consagrado el derecho general a la presunción referida.

En consecuencia, el poder constituyente originario no consagró, a nivel de la Carta Fundamental, la presunción de inocencia, admitiendo con ello que el legislador podía presumir, de manera simplemente legal, la responsabilidad penal, puesto que solo prohibió las presunciones de derecho en la materia.

4.2.2. Situación después de la Reforma Constitucional de 1989

La primera reforma introducida a la Constitución de 1980, en virtud de la Ley N° 18.825²⁶, tuvo por finalidad principal generar consenso en torno al proceso de transición hacia la democracia²⁷.

Sin embargo, en dicha reforma se introdujo en la Carta Fundamental una de las más trascendentales modificaciones hasta ahora aportadas por el poder constituyente derivado –como lo fue, por el Originario, el Recurso de Protección– consistente en la frase que se agregó al inciso 2° del artículo 5°.

Esta reforma, como es de sobra sabido²⁸, ha provocado un fuerte y aún no del todo resuelto debate en torno de la jerarquía o nivel que correspondería a los tratados sobre derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual sucede, en medida importante, porque aquella discusión se da conforme a los cánones y en el contexto del constitucionalismo del Estado, en el cual la única manera de disponer las distintas fuentes del Derecho es conforme a la pirámide *kelseniana*.

En el Constitucionalismo Humanista, en cambio, aquella disposición jerárquica tiene que ser completada, especialmente en relación con los tratados internacionales –cualquiera sea la materia de que traten–, con lo preceptuado por el artículo 27 de la Convención de Viena.

²⁶ Publicada en el Diario Oficial el 17 de agosto de 1989.

²⁷ FERNÁNDEZ (2001) pp. 321 - 340.

²⁸ FERNÁNDEZ (2003) pp. 485-511. Para mayores antecedentes, HENRÍQUEZ (2001).

De esta manera y sin importar la posición que se confiera a los tratados dentro del Ordenamiento Jurídico Nacional, el Estado que, libre y voluntariamente, los ha suscrito está obligado a respetarlos, sin que pueda, unilateralmente, desconocerlos. Por ello, no pueden adoptarse normas internas, ni siquiera de jerarquía constitucional, que conduzcan a dejar sin efecto lo acordado en un tratado internacional, con lo cual este debe ser aplicado no por razón de jerarquía, sino en cumplimiento de la obligación válidamente asumida por el Estado, ante la comunidad internacional²⁹, tal y como consta ahora de lo preceptuado en el artículo 54 N° 1) inciso 5° de la Constitución.

Cuanto viene siendo expresado me llevó a sostener en 1989, que la reforma constitucional en examen no alteró la jerarquía de los tratados en nuestra pirámide normativa interna, como tampoco modificó el nivel de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico, cualquiera fuera la fuente en que se encontraran contenidos, ya que ellos, desde que entró en vigencia la Constitución, poseen, verdaderamente y dicho sin eufemismos, rango *supra* constitucional, puesto que, aun antes de la enmienda incorporada al artículo 5° inciso 2°, constituían un límite al ejercicio de la soberanía³⁰. El único efecto nuevo de la reforma de 1989 fue evitar que se dudara en cuanto a que todos los derechos garantizados en la Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por y vigentes en Chile, son derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por ende, no pueden ser jamás transgredidos.

Precisamente, en relación con la presunción de inocencia se cumple el efecto deseado por el Poder Constituyente Derivado, ya que antes de la reforma, según se analizó en el párrafo precedente, ese derecho se encontraba, expresa y claramente, limitado, ya que solo regía cuando se trataba de presumir de derecho la responsabilidad penal, pero admitía las de carácter meramente legal.

En conclusión, pudo dudarse acerca de si el derecho a la presunción de inocencia era o no de carácter esencial y si, como tal, constituía o no un límite al ejercicio de la soberanía hasta la reforma de 1989, ya que, por vía del artículo 8° del Pacto de San José, en relación con lo dispuesto en el nuevo inciso 2° del artículo 5° de

²⁹ Léase por todos la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 30 de marzo de 2004, confirmada por la Corte Suprema el 6 de abril de 2004, publicada en *Ius et Praxis* Año 10 N° 1, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 2004, pp. 397-406.

³⁰ FERNÁNDEZ (1989) pp. 809-825.

la Carta Fundamental, aquel derecho adquiere, por el solo ministerio de la Constitución, la categoría requerida para constituirse en el límite referido.

4.2.3. Extensión a la potestad sancionadora de la Administración

El principio constitucional, en virtud del cual se prohíbe presumir la responsabilidad penal –así como otros relativos del Derecho Penal– se aplica también a la potestad sancionadora de la Administración.

Desde luego, así lo sostiene la doctrina³¹ y también la Corte Interamericana³², sobre la base de principios y reglas que ha sistematizado el Tribunal³³:

- a) Que dicha potestad se encuentra sujeta al principio de legalidad, conforme a lo preceptuado en los artículos 6°, 7°, 19 N° 3° incisos 7° y 8° y 63 N° 18° de la Constitución;
- b) Que la aplicación del principio de legalidad a la actividad sancionadora del Estado viene también exigida por lo dispuesto en el artículo 19 N° 21° en relación al 19 N° 26° y al 63 N° 2 de la Carta Fundamental, como ya lo había expuesto el Rol N° 146, dado que se trata de normas que limitan el ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica lícita, ya que su titular solo podrá llevarla a cabo del modo en que ella ha quedado regulada;
- c) Que, si bien, las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado –el llamado *ius puniendi*– y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el artículo 19 N° 3°, aun cuando el lenguaje allí empleado sea propiamente penal, tal y como ya lo había declarado el Tribunal en el considerando 18° del Rol N° 46, en los considerandos 9° y 10° del Rol N° 244 y en el considerando 16° del Rol N° 437; y
- d) Que, así también lo consideró la Corte Suprema hace más de cuarenta años, al interpretar que la voz *condenados* del artículo 11 de la Constitución de 1925 era igualmente aplicable a quienes sufrían sanciones administrativas.

³¹ NIETO (2006) y AGUERREA (2005) pp. 51-62.

³² Considerandos 106° a 108° de la sentencia pronunciada, en el caso *Baena Ricardo y Otros con Panamá*, el 2 de febrero de 2001.

³³ Considerandos 4° a 12° de la sentencia pronunciada el 27 de julio de 2006, Rol N° 480. Comentando esa sentencia, FERNÁNDEZ (2007) pp. 177-210.

4.2.4. *¿Extensión a las sanciones privadas?*

La cuestión que debe resolverse, en consecuencia, es si el derecho contenido en el artículo 19 N° 3° inciso 6° de la Constitución –y, eventualmente, otros del derecho sancionador– son aplicables, más allá del Derecho Penal y del Derecho Administrativo, a las sanciones privadas que, en materia civil, impone el legislador.

No se divisa, respondiendo esa duda, razón que justifique excluir esta especie de potestad sancionadora estatal de las exigencias constitucionales requeridas del *ius puniendi*, aun cuando resulte razonable admitir que, en el ámbito civil, las reglas aludidas no operarán con la misma estrictez que en materia penal o administrativa, desde que ni aún entre estas dos últimas áreas rigen igual.

Pero igualmente claro resulta, por ende, requerir que la potestad sancionadora civil cumpla con algunas de aquellas exigencias básicas, v. gr., el respeto del principio de legalidad en la materia y, especialmente, la necesidad que la conducta susceptible de ser sancionada se encuentre descrita en la ley, aunque tal vez no con el grado de precisión que se requiere del tipo penal; o la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, quizás admitiéndola cuando es meramente legal.

En esta perspectiva, útil es acudir a la evolución que ha experimentado la jurisprudencia española en la materia, pues ilustra la doble concurrencia que se viene explicando, es decir, la exigibilidad de los principios y reglas constitucionales en materia sancionatoria, también cuando se trata del ámbito civil, cuanto su mayor flexibilidad de frente a lo requerido en sede penal o administrativa.

Así, el Tribunal Constitucional español expuso, en una primera aproximación, que “el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos”, de manera que “en el contexto de las normas entonces vigentes la inocencia o culpabilidad de cada esposo jugaba un papel determinante para la atribución de la guarda y custodia de los hijos cuando se conocían a través de las correspondientes sentencias de separación”, por lo que el tribunal “basándose en un hecho que expresa-

mente considera no probado (la imputación de homosexualidad al padre no controvertida en el proceso), ha extraído de él consecuencias jurídicas que limitan claramente los derechos que al padre pudieren corresponderle”³⁴.

Posteriormente, la misma magistratura constitucional sostuvo que el derecho a la presunción de inocencia no resultaba aplicable “a los supuestos de mera imposición de la responsabilidad civil en los que solo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor o fuente de una obligación patrimonial de resarcimiento de daños y perjuicios derivada de un ilícito civil”³⁵.

Conforme al criterio así establecido, en suma, “el derecho a la presunción de inocencia se ha considerado inaplicable para combatir una condena en una sentencia civil al pago de daños y perjuicios (...); en los casos de resolución contractual por incumplimiento de obligaciones convenidas (...); en materia de responsabilidad civil [; y en los supuestos de culpa extracontractual, en los que además se ha afirmado que la inversión de la carga de la prueba no se basa en una presunción de culpabilidad, ‘sino en el supuesto de que si una persona, para su provecho, maneja dispositivos que objetivamente extrañan un peligro para los demás y se produce un resultado lesivo, es a quienes los manejan o se aprovechan a los que corresponde probar la diligencia, y no a los perjudicados que prueben las circunstancias de las causas de su perjuicio, que le son ajenas’ (...)”³⁶.

4.2.4. Aplicación al precepto legal impugnado

Llevado cuanto viene siendo expuesto al artículo 27 inciso 2° de la Ley N° 18.168 y asumiendo que, en la segunda hipótesis allí prevista, se contempla una sanción privada o indemnización punitiva, se advierte el acatamiento tanto del principio de reserva de ley como de una suficiente descripción del hecho susceptible de ser castigado, así como la configuración de una presunción simplemente legal de responsabilidad.

Esta presunción resulta razonable, tratándose de agentes económicos especialmente regulados, en el caso de servicios concesionados

³⁴ Sentencia 13/1982, pronunciada el 1 de abril de 1982.

³⁵ Sentencia 367/1993, pronunciada el 13 de diciembre de 1993. Asimismo, véase la sentencia del Tribunal Supremo de España N° 4.695/1993, pronunciada el 30 de junio de 1993.

³⁶ MONTAÑÉS (1999) p. 61.

que se prestan al público, atendido que los destinatarios del servicio son numerosos, resultándoles excesivamente difícil y oneroso, si no irrisorio, exigir que cada uno demande el perjuicio que se le haya causado con motivo de la suspensión, interrupción o alteración del servicio.

En ese contexto y cumpliendo los requisitos básicos del *ius puniendi*, cabe reputar ajustadas a la Constitución esa especie de preceptos legales.

V. CONCLUSIONES

La sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 5 de julio de 2007, a raíz de dos requerimientos de inaplicabilidad deducidos respecto del artículo 27 inciso 2° de la Ley General de Telecomunicaciones, permite examinar la constitucionalidad de preceptos legales que contemplen sanciones privadas o indemnizaciones punitivas.

A esa especie de sanciones se aplican los principios y normas constitucionales relativos a la potestad sancionadora del Estado, con los matices y flexibilidades que implica que se trate de sanciones privadas, esto es, en el ámbito de la responsabilidad civil y a favor de un particular y no del Fisco.

Por ello, tiene que requerirse el acatamiento del principio de reserva legal y, con ductilidad, una adecuada descripción de la conducta sancionada. A la par que no cabe admitir, en el rubro, que el legislador presuma de derecho la responsabilidad del obligado, quedando así amparado el consumidor o usuario, pero también la certeza jurídica que requiere el normal desenvolvimiento de las actividades empresariales, particularmente, en áreas fuertemente reguladas y sujetas a especial fiscalización.

Desde esta perspectiva, resulta razonable la decisión del Tribunal, en el caso estudiado, en orden a rechazar el requerimiento de inaplicabilidad, aun cuando en el futuro puede exigírsele profundizar en torno de los argumentos que sustenten aquella especie de penas, respetando siempre los principios y normas de la potestad sancionadora de la Administración.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUERREA, Pedro (2005): "El estatuto constitucional de las penas. Su aplicación a las sanciones administrativas conforme a los antecedentes de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución", en *Sanciones administrativas y derechos fundamentales: Regulación y nuevo intervencionismo* (Santiago, Academia de Derecho Universidad Santo Tomás).
- ALESSANDRI, Arturo (1983): *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Tomo II (Santiago, Ed. Jurídica Ediar-ConoSur Ltda.).
- COMISIÓN DE ESTUDIO PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN: (1981) : "Proposiciones e Ideas Precisas" en VIII *Revista Chilena de Derecho* N°s 1-6 (Santiago, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile).
- COOTER Robert y Thomas ULEN (1998): *Derecho y economía* (México, Fondo de Cultura Económica).
- DOMÍNGUEZ, Carmen (2000): *El daño moral*, Tomo I (Santiago, Ed. Jurídica de Chile).
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (1989): "La reforma al artículo 5° de la Constitución", en XVI *Revista Chilena de Derecho* N° 3 (Santiago, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile).
- (2001): "Origen, legitimidad y consolidación de la Constitución", Actas de las XXXII Jornadas de Derecho Público en *Revista de Derecho* (Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso).
- (2003): "Visión prospectiva en relación con la regulación constitucional de los tratados internacionales", en *Ius et Praxis* Año 9 N° 1 (Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca).
- (2007): "Potestad sancionadora de la Administración y ley penal en blanco: Caso de las eléctricas ante el Tribunal Constitucional", en *Sentencias Destacadas 2006* (Santiago, Instituto Libertad y Desarrollo).
- HENRÍQUEZ, Miriam (2001): *Interpretación del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de Chile* (Santiago, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Tesis de Magíster).
- MONTAÑÉS, Miguel Ángel (1999): *La presunción de inocencia* (Pamplona, Ed. Aranzadi).
- NIETO, Alejandro (2006): *Derecho Administrativo sancionador* (Madrid, Ed. Tecnos).
- SEGURA, Francisco (2005): "Algunas consideraciones sobre la pena privada y los daños punitivos en el Derecho Civil chileno", en *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, LexisNexis).