

La relevancia del encuadre para la articulación de transiciones legales

Ángeles Fernández Grossetête*
Matías Guiloff Titium**

RESUMEN

En este trabajo analizamos la articulación de transiciones legales y su relación con el encuadre de los costos y beneficios asociados a una modificación legal. Al efecto, describimos qué son las transiciones legales, explicamos qué entendemos por el encuadre de costos y beneficios, y cómo este incide en la adopción de las decisiones cruciales para articular una política transicional: la evaluación acerca de la pertinencia de mitigar o no los costos de una determinada reforma y la configuración específica del tipo de mecanismo apropiado para ello. Posteriormente, ilustramos esta incidencia mediante el análisis de un debate legislativo en un caso particular. Finalmente, debido a la indeterminación que observamos en el encuadre de costos y beneficios, sugerimos un criterio orientador necesario, pero insuficiente por sí solo para establecerlo: el cumplimiento de los objetivos de la reforma. En otras palabras, que la política transicional que se establezca no afecte la consecución de las finalidades de la modificación legal.

Transiciones legales; encuadre; objetivos de la reforma

The relevance of transactional frames for structuring legal transitions

ABSTRACT

This paper analyzes the relationship between the structuring of legal transitions and transactional frames. For these purposes, we describe what legal transitions are, explain the transactional frames for costs and benefits associated to a given legal change and illustrate how these frames hinge on the adoption of the two choices that are critical for structuring a transition policy: the

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile; Máster en Teoría Legal y Política, University College of London, Inglaterra. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0794-1519>. Correo electrónico: angeles.fernandezg@gmail.com

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Profesor de Derecho Público, Universidad Diego Portales, Chile. Máster en Derecho, Columbia University, Estados Unidos. Doctor en Derecho, University of Arizona, Estados Unidos. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8622-1538>. Correo electrónico: matias.guiloff@udp.cl

Trabajo recibido el 4.3.2021 y aceptado para su publicación el 17.12.21.

assessment of whether or not transition mitigation or relief should be provided and the specific shape of the mechanism established for providing mitigation. Afterwards, we illustrate this incidence through the analysis of a case concerning a legislative debate. Lastly, given the indeterminateness we observe on the framing of costs and benefits, we suggest a guiding standard that is necessary, but insufficient on its own to establish the transactional frame: the fulfillment of the amendment's objectives. Put differently, that the chosen transitional policy does not affect the attainment of the goal of the legal change at issue.

Legal transitions; Transactional frame; objectives of legal change

I. INTRODUCCIÓN

Un importante desafío de las sociedades modernas es articular la tensión entre las expectativas individuales de estabilidad del orden legal y las colectivas de que este pueda ir ajustándose, en la medida que las circunstancias lo hagan necesario¹. Muchas veces esta tensión es administrada a nivel individual, mediante decisiones de adjudicación, que analizan si la afectación de estas expectativas se adecúa a algún parámetro jurídico determinado (por ejemplo, a un derecho fundamental o a una exigencia precisa, prevista en un cuerpo legal específico).

Decisiones como estas son adoptadas cotidianamente por órganos que cuentan con la potestad de dictar normas generales. Al adoptarlas, estos evalúan la procedencia de mitigar los efectos de modificaciones legales mediante la articulación de políticas de transición.

Hasta ahora, la literatura nacional pertinente a derecho público no ha abordado de manera directa el tema de las transiciones legales². Considerando el contexto actualmente existente en Chile, en donde existe un proceso constituyente en curso que probablemente va a determinar la necesidad de modificar varios cuerpos legales, parece aconsejable poder contar con orientaciones que permitan a los órganos que habrán de adoptar estos cambios resolver de mejor manera las discusiones que se generarán.

La literatura legal estadounidense acerca de transiciones legales proporciona algunos elementos en relación con las justificaciones para establecerlas y los tipos de mecanismos que se pueden utilizar para estos propósitos³. Sin embargo, al revisar en esta literatura las consideraciones que llevan el establecimiento de una política de transición, notamos la existencia de una elección, ya sea implícita o explícita, que es pasada por alto. En

¹ ROSE ACKERMAN, 1988, p. 1702; NONET y SELZNICK, 2008, p. 73.

² Esta se ha centrado más bien en analizar dogmáticamente una cuestión íntimamente vinculada, como es la determinación de si una ley es retroactiva, ver SILVA CIMMA, 1992, pp. 107-111, o bien en indagar si un determinado mecanismo utilizado para articular una transición resulta compatible con el derecho de propiedad privada u otro de índole económica, como se evidencia en la discusión relativa al instrumento del traslado de industria mal ubicada en materia urbanística, véase en general DELGADO, 2015; y FERMANDOIS, 2016.

³ Véase en general MICHELMAN, 1967; HOCHMAN, 1976; KAPLOW, 1986; SHAVIRO, 2001; EPSTEIN, 2003; NASH y REVESZ, 2007; TREBILCOCK, 2014. Pese a que es canadiense, se incluye en el listado a este último autor porque su trabajo dialoga directamente con la literatura estadounidense.

efecto, se da por establecida la existencia de la unidad de análisis que permite al órgano que está discutiendo el cambio evaluar sus costos y beneficios. Ello, para evaluar a su vez la procedencia de articular una transición mediante un mecanismo de mitigación, en el caso que un elenco de individuos se vea excesivamente afectado por dichos costos.

En consideración de lo anterior, en el presente trabajo buscamos dar cuenta de esta elección que el legislador o un órgano administrativo dotado de una potestad normativa correspondiente, en los hechos, realiza. Ello, para decidir si corresponde acompañar a una reforma de una transición y escoger el mecanismo apropiado para lograrla. Además, sugerimos que para adoptar esta decisión, el órgano correspondiente debe tener en consideración la compatibilidad de la unidad de análisis o encuadre utilizado con el cumplimiento de los objetivos de la reforma.

Para realizar lo anterior, partiremos describiendo las transiciones legales, poniendo especial énfasis en sus elementos centrales: un cambio legal y un mecanismo. Luego, explicaremos la problemática determinación del encuadre de costos y beneficios. Habiendo hecho lo anterior, describiremos la incidencia de este en la determinación de la política de transición que se adopte. Ilustraremos lo anterior mediante el análisis de un caso práctico, relativo al establecimiento de la transición en la Ley N° 20.980. Posteriormente, sugeriremos que el cumplimiento de los objetivos de la reforma sea un criterio imprescindible que oriente la determinación del encuadre.

Antes de continuar, es importante hacer una prevención. En la medida que inciden en posiciones de carácter patrimonial, muchos de los aspectos que abordamos se podrían analizar desde la perspectiva de las limitaciones a la propiedad privada. Sin embargo, considerando la abundante literatura respecto de ese tópico⁴ y la necesidad de dar cuenta de las múltiples alternativas de las que disponen los órganos que adoptan modificaciones legales, no nos referimos en mayor profundidad a esta materia. De esta manera, este trabajo procura aportar en la determinación de orientaciones para los operadores jurídicos que adoptan estas decisiones, y para que estas sean sostenibles en el tiempo.

II. LAS TRANSICIONES LEGALES

1. *Función y mecanismos para articularlas*

Mediante las transiciones legales el Estado aborda el problema de los cambios en el bienestar de las personas que se producen como consecuencia de la aprobación de una reforma legal⁵. Este se presenta porque dichos cambios pueden afectar a sujetos que han hecho inversiones personales, financieras o de otra índole, tomando en consideración la normativa reformada.

⁴ Véase en general ALDUNATE, 2006; CORDERO, 2006; FERNANDOIS, 2006; PONCE DE LEÓN, 2015; GUILOFF, 2018.

⁵ FRIED, 2003, p. 123.

Las repercusiones económicas adversas generadas por el establecimiento de un cambio legal se denominan costos transicionales⁶. De esta manera, al debatir el establecimiento de una modificación, un órgano deberá determinar cuál será la política de transición respectiva. Esta puede consistir en aliviar estos costos, o bien, en no hacerlo y utilizar la transición para distribuir de otra manera cargas y costos asociados al marco legal⁷. Si se opta por aliviarlos, estos costos pueden ser mitigados mediante mecanismos como compensaciones, la implementación gradual de la reforma o la continuidad de vigencia del régimen anterior para determinados actores, sea esta limitada o ilimitada.

Como se puede apreciar, los elementos centrales de una transición legal son: un cambio legal y un mecanismo escogido para mitigar sus efectos. Si bien los mecanismos para mitigar los costos de las modificaciones legales pueden adoptar una diversidad de formas específicas, existen dos grandes clases: financieros y temporales⁸.

En cuanto a los primeros, el más paradigmático es la compensación. Respecto de ella, la literatura enfatiza la necesidad que sea de un monto tal que permita al Estado visualizar los costos que genera la modificación legal⁹, pues, de lo contrario, se puede generar una distorsión en los incentivos de las personas frente a futuros cambios legales¹⁰.

La compensación no agota el elenco de los mecanismos financieros. También existen otros que cumplen una función análoga, como las becas y subsidios¹¹. Además, dentro de esta clase de mecanismos podemos considerar también exenciones tributarias, facilidades crediticias o programas de capacitación para quienes hayan perdido su trabajo debido a una reforma¹².

Un último aspecto a enfatizar aquí es que los mecanismos financieros son preferibles a los temporales. Ello, debido a que suelen permitir un mejor cumplimiento de los objetivos de la reforma. Esto es así porque, aun cuando ellos hacen más costosa la reforma a la que acceden, esta igualmente se implementa de inmediato, sin disminuir su ámbito de aplicación¹³.

Por su parte, los mecanismos temporales se sitúan dentro de un continuo que abarca desde la implementación gradual de una reforma, hasta la continuidad de vigencia del régimen legal previo para quienes se ven afectados por la modificación¹⁴. Estos suponen una importante ayuda para sus beneficiarios porque retrasan los gastos en los que de otra manera correspondería incurrir para cumplir con la reforma¹⁵.

⁶ TREBILCOCK, 2014, p. 9.

⁷ HUBER 2011, pp. 94 y 95.

⁸ HUBER, 2011, p. 95 y 96.

⁹ BLUME y RUBINFELD, 1984, pp. 88-90.

¹⁰ KAPLOW 1986, pp. 528-532; BELL, 2003, p. 35.

¹¹ HUBER, 2011, pp. 101 y 102.

¹² HUBER, 2011, p. 95; QUINN y TREBILCOCK 1982, p. 125.

¹³ KAPLOW, 2003, p. 187; TREBILCOCK, 2014, p. 37.

¹⁴ KAPLOW, 1986.

¹⁵ HUBER, 2011, p. 95.

En relación con la implementación gradual, hay varias alternativas para determinar la oportunidad en que el cambio legal entrará en vigencia¹⁶. La primera de ellas es establecer un cronograma, en que se señale con precisión el plazo en el que empezará a regir la nueva regulación¹⁷. Alternativamente, en vez de un plazo, se puede contemplar un evento desencadenante, cuyo acontecimiento determinará la entrada en vigencia de la modificación.

Es importante recalcar la importancia que reviste la elección de este suceso, pues se puede tratar de uno cuya ocurrencia dependa de una actuación del Estado¹⁸, o de uno que dependa exclusivamente de la voluntad del respectivo agente económico¹⁹. Cualquiera que sea el suceso que se establezca, y aunque parezca obvio, es fundamental para el cumplimiento de los objetivos de la reforma que este sea uno que efectivamente pueda verificarse. De lo contrario, este alivio temporal deviene en uno permanente.

Asimismo, tal como lo indica su nombre, la continuidad de vigencia es un mecanismo cuyo efecto es excluir de la aplicación de la modificación a algunas personas. Ellas se siguen rigiendo por las disposiciones anteriores. Desde la perspectiva del marco regulatorio, su establecimiento implica la coexistencia de dos regímenes: uno aplicable a los agentes que ya se encontraban realizando la respectiva actividad al momento de la reforma, y otro al que quedan sujetos quienes empiecen a desarrollarla con posterioridad a la modificación.

En principio, esta diferencia se justifica porque mediante ella se reconoce la distinta situación en que se pueden encontrar los agentes regulados frente a un cambio normativo²⁰. Sin embargo, y tal como sucede con la implementación gradual, es importante tener en cuenta que el establecimiento de este mecanismo reduce el ámbito de aplicación de la reforma a la que accede. Por ello es clave la manera precisa en que se articule la extensión temporal de la continuidad de vigencia. Mientras más se extienda en el tiempo

¹⁶ HUBER, 2011, pp. 96-101.

¹⁷ Tal como lo hace la Norma de Emisión para Termoeléctricas, que establece su aplicación inmediata para los proyectos que se evalúen ambientalmente después de su entrada en vigencia, y diferida para las fuentes existentes, considerando diversos plazos atendiendo al contaminante que se trate y a la calificación de la zona en que estas se encuentren ubicadas. Ver artículo 5 del Decreto Supremo 13, 2011, del Ministerio del Medio Ambiente.

¹⁸ Por ejemplo, esta situación ocurre con las industrias mal ubicadas, es decir, aquellas que, como consecuencia de la dictación o modificación del plan regulador, quedan ubicadas en un sector para el que se prevé un uso de suelo diverso del que efectúan. Al establecerse o modificarse el plan regulador, estas quedan congeladas o, dicho de otro modo, pese a que su uso de suelo resulta inconsistente con el previsto por este instrumento, se les permite seguir funcionando, sujetándose a determinadas exigencias. Sin embargo, esta continuidad de vigencia del uso de suelo anterior se mantiene en tanto la Municipalidad, previa emisión de informes por parte de las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud y Vivienda, no ordene su traslado, estableciendo un plazo para tal efecto, ver artículo 62 del Decreto 458, 1976, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

¹⁹ Como sucede, por ejemplo, con el sometimiento al sistema de evaluación de impacto ambiental de los proyectos que, a la fecha de la dictación de la Ley N° 19.300, 1994, sobre bases generales de Medio Ambiente, ya se encontraran en funcionamiento. Estos solo deben someterse a dicha evaluación en el evento que su titular decida realizar una modificación. Ver artículo 8 de la Ley N° 19.300.

²⁰ ROSE, 2000, pp. 21 y 22; SHAVELL, 2008, pp. 38 y 39.

o se configure de una manera que permita a las personas reguladas controlar su fecha de término, hay mayor riesgo para el cumplimiento de los objetivos de la reforma²¹.

Lo anterior nos muestra dos cosas. Por un lado, que los mecanismos temporales que se escojan son relevantes para el cumplimiento de los objetivos de la reforma. Por otro, que la distinción entre estos mecanismos temporales no es del todo nítida. Por ejemplo, un esquema de gradualidad sujeto a un evento desencadenante que depende exclusivamente de la voluntad del beneficiario de la transición, puede producir el mismo efecto que una continuidad de vigencia ilimitada o también limitada, pero dependiente del mismo tipo de evento.

Por último, es posible señalar que pueden combinarse mecanismos financieros con temporales para mitigar los costos transicionales²². Ello cuando el uso de solo uno de estos mecanismos no resulta suficiente para aliviar los costos que para ciertos agentes puede implicar la modificación. Así, se puede establecer la implementación gradual de una reforma y, junto con ello, establecer un mecanismo de asistencia financiera para adaptarse a la misma (como podría ser una facilidad de acceso al crédito, una exención tributaria o incluso otorgar financiamiento)²³.

2. *Determinación de los costos que conlleva el cambio*

Para que el Estado articule una política de transición se requiere, en primer lugar, determinar cuáles son los costos y beneficios derivados del cambio legal. En caso que, al realizar esta evaluación, concluya que corresponde mitigar los costos, la determinación de costos y beneficios también incide en la elección y configuración del mecanismo que se establezca. Este proceso de determinación de costos y beneficios se ha denominado “encuadre” (*transactional frame*)²⁴.

Para aproximarnos a este problema partamos de la premisa que, en el derecho público, el Estado y la ciudadanía están involucrados en una relación continua y permanente a lo largo de la historia. Ello, a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, donde las partes se involucran en relaciones cuyos límites temporales son determinados o determinables (por ejemplo, un accidente automovilístico o una negligencia médica)²⁵.

Lo anterior tiene consecuencias para establecer la distribución de efectos patrimoniales tanto de las interacciones entre privados como de aquellas entre estos y el Estado. Tratándose de las primeras, regidas por el derecho privado, la unidad de análisis se define

²¹ REVESZ y WESTFAHL KONG, 2011, p. 1627.

²² HUBER 2011, pp. 103 y 104.

²³ Esto se hizo, por ejemplo, en la Ley Nº 20.845, 2015, de Inclusión Escolar, para facilitar la adaptación de los sostenedores a la exigencia de ser dueños de los inmuebles donde se preste el servicio educacional. Con esa finalidad, el legislador distinguió entre los sostenedores que desearan seguir realizando la actividad bajo las nuevas reglas y aquellos que no, otorgándoles a los primeros un plazo para adquirir el inmueble y el aval del Estado para facilitarles el financiamiento de esta compra. Por su parte, y respecto de los segundos, les facilitó la venta de sus inmuebles, otorgando el aval del Estado a las operaciones de compraventa respectivas.

²⁴ Ver, en general, LEVINSON, 2002.

²⁵ Ver, en general, LEVINSON, 2002.

sobre la base de la interacción que ha generado precisamente el daño (por ejemplo, un choque)²⁶. Por lo anterior, los costos que han de determinarse para poder establecer el daño son acotados (se consideran únicamente los derivados de esta colisión).

En cambio, en el derecho público, las fronteras de una transacción no son obvias²⁷. Considérese, por ejemplo, el daño patrimonial al expropiar una casa. Para evaluar el monto del daño, ¿basta con considerar el actual valor de mercado de esta o, considerando la incidencia que ha tenido la construcción de una estación de metro a pocas cuadras, se requiere descontar la parte que se ha generado por esta inversión pública? Como se puede apreciar, ya que la determinación de la unidad de análisis no es obvia, el órgano estatal que va a realizar la intervención cuenta con un gran margen para computar y ponderar costos y beneficios²⁸.

Pero ¿cuáles son los criterios para llevar a cabo esta determinación de costos y beneficios? Si consideramos la relación continua y permanente entre el Estado y las personas, ¿cómo realizar un corte razonable en esta, “encuadrando” determinados costos y beneficios y dejando otros fuera del marco de evaluación? ¿Es necesario que costos y beneficios surjan del mismo cuerpo normativo? ¿Qué tipo de costos y beneficios se pueden incluir (directos o indirectos, los que favorecen únicamente al afectado o a él en tanto miembro de una comunidad beneficiada, etc.)?²⁹

Preguntas como estas son las que el órgano que esté debatiendo la aprobación de un cambio legal deberá responder para determinar una política de transición. Para contestarlas, debe considerar que el encuadre puede variar significativamente en función de las consideraciones temporales, de ámbito o acumulaciones “intragrupos” que se utilicen en cada caso³⁰. A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, al aplicar la lógica transaccional a una transición legal, siempre está la opción de acumular costos y beneficios en el transcurso del tiempo, del respectivo ámbito regulatorio o del grupo al que pertenecen los afectados, pues no es posible enfocarse en interacciones individuales y diferenciadas³¹.

No es claro si los costos y beneficios deben provenir de un mismo cuerpo normativo, del conjunto de leyes que rigen una determinada actividad económica o, al menos, de un área de la economía en específico. Asimismo, tampoco existe certeza acerca del tiempo que es admisible considerar en búsqueda de los costos y beneficios que se deben evaluar. Similarmente, la posibilidad de acumular cargas o beneficios a nivel grupal cambia la unidad de análisis del bienestar de un individuo, al de la sociedad como un todo³². Todo lo anterior permite una expansión del encuadre de costos y beneficios en distintos ámbitos, temporalidades y respecto de diversos individuos o grupos.

²⁶ LEVINSON, 2002, p. 1332.

²⁷ LEVINSON, 2002, p. 1320.

²⁸ LEVINSON, 2002, p. 1337.

²⁹ PONCE DE LEÓN, 2015, p. 11.

³⁰ LEVINSON, 2002, p. 1341.

³¹ LEVINSON, 2002, p. 1333.

³² LEVINSON, 2002, pp. 1371-1374.

En las transacciones de derecho público, la literatura ha señalado que los daños y beneficios pueden ser agregados en la medida que estén relacionados de alguna forma intuitiva, ya sea temporalmente, según la materia o procedimentalmente³³. Pero, de manera inversa, también es posible que se determine un encuadre de costos y beneficios utilizando como unidad de análisis solo los que deriven del texto legal objeto de la reforma, considerando solo el menoscabo que esta modificación le causa al afectado. Vemos que el órgano respectivo goza de amplia libertad al momento de escoger cuál es la unidad de análisis aplicable³⁴. Por lo mismo, urge definir ciertas orientaciones para realizar estos “encuadres”.

El problema es más complejo si se considera la influencia que ejerce sobre este proceso de encuadre, la manera en que estos costos se presenten por los afectados, tanto al legislador o al órgano administrativo que esté debatiendo la modificación, como a la opinión pública³⁵. Habitualmente, los afectados por un cambio no solo plantearán el valor exacto de la pérdida que les irroga la eventual aprobación de la modificación, sino que también, la presentarán de una manera precisa, por ejemplo, catalogándola como una expropiación³⁶. Al tratarse de un daño en el ámbito del derecho público, este planteamiento supone un encuadre preciso de ciertos costos, dejando fuera otros beneficios o ventajas que el Estado pudo haber otorgado a los afectados en el pasado. En otras palabras, lo que cierta literatura denomina “efectos de encuadre” o *framing effects*³⁷.

Basado en lo anterior, el legislador debe decidir acerca de la pertinencia de mitigar los costos. Respecto de dicha determinación, existen dos grandes polos teóricos en la literatura respecto de transiciones legales. Por una parte, están quienes, asignándole

³³ LEVINSON, 2002, p. 1373.

³⁴ LEVINSON, 2002, p. 1375.

³⁵ La forma en que se presenten los costos de una modificación ante la opinión pública reviste importancia porque, planteando la afectación de valores normativos (tales como la igualdad y la justicia), los grupos de interés que pueden sufrir pérdidas como consecuencia de la reforma, pueden apelar al apoyo de otras personas o grupos de interés que compartan estos valores, ver TREBILCOCK, 2014, p. 7.

³⁶ Si bien en este trabajo hablamos en general de la relación entre el Estado y ciudadanía, es posible señalar que una alegación como esta también podría ser formulada por personas que tienen la calidad de inversionistas extranjeros. Lo anterior se debe a que, tal como su nombre lo indica, aquello que los tratados de inversión extranjera protegen frente a expropiaciones son inversiones. No obstante, es discutible si dicha calidad les otorga una protección adicional a la que se le otorga a los inversionistas nacionales mediante la garantía de la expropiación. De partida, no resulta tan evidente que mediante estas se proteja algo distinto de la propiedad privada, ya que “los tratados de inversión extranjera no establecen un concepto autónomo de inversiones, esto es, una noción internacional de derechos e intereses sustantivos que no dependa en un sentido amplio de las reglas de propiedad domésticas”, ver MONTT, 2009, p. 248 (traducción propia). Fuera de ello, aunque dichas inversiones también cuentan con otra protección adicional, como lo es la garantía de trato justo y equitativo por parte de los Estados, respecto de la relación de esta con las transiciones legales, se ha indicado que, por regla general, ella no ampara las expectativas de los inversionistas, a menos que se traten de cambios continuos, durante un período prolongado, o bien de modificaciones estructurales a las reglas de un sector completo, sin que se establezca un período de transición, ver MONTT, 2009, p. 362.

³⁷ Para el planteamiento de este problema en términos generales, véase TVERSKY y KAHNEMANN, 1981; y THALER, 1999. Una aplicación de este para efectos de la elección de instrumentos en materia de regulación ambiental, en NASH, 2006.

preponderancia al riesgo económico que traen aparejadas las modificaciones legales, abogan por la mitigación de sus costos. Fundamentan su posición en la premisa que las personas adoptan sus decisiones de inversión y estructuran sus negocios teniendo la expectativa de que el marco legal se mantendrá estable³⁸. Por ello, cuando sus predicciones no se cumplen, corresponde que el Estado mitigue de alguna manera sus pérdidas. A esta postura se la denomina la “perspectiva antigua” de las transiciones legales³⁹.

Por otro lado, asignándole un mayor peso a los incentivos, la “perspectiva nueva” acerca de las transiciones legales sostiene que estos costos no deben ser mitigados. Este planteamiento se basa en la premisa que cualquier intervención del Estado para mitigar esas pérdidas afecta el incentivo de anticipar las modificaciones legales y puede llevar a las personas a adoptar decisiones de inversión subóptimas⁴⁰. Desde esta perspectiva, los riesgos económicos generados por el Estado equivalen a los que emanan del mercado⁴¹. Consecuentemente, tal como sucede con los costos generados por el mercado, aquellos que el Estado ocasiona no deben ser mitigados⁴². De lo contrario, si las personas saben de antemano que sus pérdidas serán mitigadas, pueden decidir realizar inversiones ineficientes, por ejemplo, construir un proyecto inmobiliario en un terreno que va a ser expropiado⁴³.

Junto con estos polos existe una postura pragmática, que sitúa el fundamento de las transiciones en consideraciones de viabilidad política. Asumiendo que, si no se establece una transición, las personas afectadas por el cambio en discusión harán todo lo posible para impedir su aprobación⁴⁴, esta postura enfatiza que el establecimiento de mecanismos que mitiguen los costos transicionales facilita el establecimiento de cambios que pueden ser deseables para la sociedad⁴⁵. Si la decisión de no contemplar

³⁸ Por sí sola, y a falta de otras consideraciones específicas que respalden, como podría ser, por ejemplo, un compromiso de mantener el marco normativo inalterado por un período o un acto administrativo que exija la realización de inversiones precisas, se ha señalado que esta expectativa adolece de circularidad, ver KAPLOW, 1986, pp. 522 y 523, DAGAN, 2004, pp. 1168 y 1169.

³⁹ Véase en general MICHELMAN, 1967; HOCHMAN, 1976; y EPSTEIN, 2003.

⁴⁰ Véase en general GRAETZ, 1977; KAPLOW, 1986; y SHAVIRO, 2001. De acuerdo con trabajos más recientes de la literatura pertinente a transiciones legales, incluso si uno acepta estas problemáticas premisas, mitigar los costos transicionales es necesario también para otorgar incentivos adecuados en ciertos casos (LOGUE, 1996, pp. 1138-1143; NASH y REVESZ, 2007, pp. 1727 y 1728; y SHAVELL, 2008, p. 38). Adicionalmente, se ha señalado que los mecanismos de mitigación de costos no solo deben apuntar a los incentivos, sino que a amparar determinados estilos de vida y la cohesión de una comunidad, frente a la alteración que podría suponer la necesidad de cumplir con un cambio legal súbito y abrupto, NASH, 2008, pp. 833 y 834.

⁴¹ KAPLOW, 1986, p. 520. Las premisas de la nueva perspectiva también son bastante rebatibles. Por lo pronto, dar por establecida la similitud de los riesgos creados por el mercado y por el Estado, desconoce que los últimos se pueden determinar de manera deliberada y sistemática en ciertos individuos, MICHELMAN, 1967, p. 1217.

⁴² Sin embargo, como lo evidencian los rescates gubernamentales a los bancos durante las crisis financieras, el Estado también interviene para mitigar riesgos generados por el mercado, ver NASH, 2008, p. 833.

⁴³ Ejemplo tomado de BLUME y RUBINFELD, 1984, pp. 587 y 588.

⁴⁴ LEVMORE, 1999, p. 1665.

⁴⁵ TREBILCOCK 2014, p. 7.

mecanismos transicionales termina generando la perpetuación del *statu quo*, puede ser un peor escenario que una reforma que sí contemplase una transición⁴⁶.

Estas justificaciones teóricas también dan lugar a efectos de encuadre que inciden en la decisión relativa a la pertinencia de articular una política de transición. Ello, en el sentido que los costos de un cambio legal podrán considerarse admisibles o inadmisibles, dependiendo de cómo sean presentados tanto a los agentes afectados como a la sociedad en general. Por ejemplo, si se entiende que no es razonable asumir que una ley o política pública es eterna⁴⁷, y que el riesgo de afectación patrimonial por una modificación del marco legal no es muy distinto al que se puede generar por un cambio en las condiciones de los mercados⁴⁸, se va a ser menos proclive a establecer una mitigación. Por el contrario, si se siguen las prescripciones de la perspectiva antigua o por la influencia de la postura pragmática, se considerará pertinente otorgarla.

En el evento que se decida articular una política de transición, se hace necesario establecer un tipo de mecanismo descrito en la sección anterior para llevarla a cabo y otorgarle una configuración específica. Este mecanismo debe ser uno apropiado para mitigar los costos ocasionados por la modificación. Debido a que en la determinación de dichos costos incide el encuadre, podemos decir que este también influye en la selección del tipo de mecanismo y en la conformación de su configuración específica (por ejemplo, los períodos que se establecerán, si se opta por la implementación gradual de la modificación, o el elenco de beneficiarios).

De esta manera, como se ha descrito, el encuadre ejerce influencia en la articulación de una política de transición. Incide en todos los pasos que se dan para articularla: la determinación de los costos de la reforma; la decisión de mitigarlos; la selección del tipo de mecanismo a utilizar para estos propósitos y la configuración específica de este último.

III. EL CASO DE LA LEY Nº 20.980, QUE PERMITE LA TRANSFORMACIÓN DE LOS INSTITUTOS PROFESIONALES Y CENTROS DE FORMACIÓN TÉCNICA EN PERSONAS JURÍDICAS SIN FINES DE LUCRO

Para ilustrar la incidencia del encuadre en el establecimiento de una política de transición, revisemos el caso de la Ley Nº 20.980, publicada el 19 de enero de 2017, que permitió la transformación de los Institutos Profesionales (IP) y Centros de Formación Técnica (CFT) en personas jurídicas sin fines de lucro. Ello, para que aquellos IP y CFT que así lo decidieran, pudieran acceder a la gratuidad de la educación terciaria⁴⁹. Primero,

⁴⁶ TREBILCOCK 2014, p. 7.

⁴⁷ KAPLOW, p. 522; WYMAN, 2017, p. 94.

⁴⁸ KAPLOW, p. 520.

⁴⁹ La política de gratuidad comenzó a implementarse mediante glosa presupuestaria y la Ley Nº 20.890, 2015 que modifica la Ley Nº 20.882, de presupuestos del sector público del 2016, también denominada "Ley Corta de Gratuidad". Dicha ley, fruto de un acuerdo político entre la oposición y el oficialismo de entonces, solo incluyó a las universidades, dejando fuera a los IP y CFT, cuyos estudiantes se financiaban mediante becas. Ahora

revisamos la historia legislativa en lo relevante para este trabajo. Luego, revisamos cómo el encuadre de costos y beneficios influye en la determinación de la política de transición y de sus especificidades.

En diciembre de 2015, el Ejecutivo presentó un proyecto de ley para permitir la transformación de IP y CFT en personas jurídicas sin fines de lucro. Este consistía en una indicación sustitutiva de dos mociones refundidas que ya existían en el Senado⁵⁰. El objetivo del proyecto era crear procedimientos voluntarios para que aquellos CFT e IP que quisieran modificar su naturaleza jurídica (que para ese entonces eran 31 de las 38 instituciones acreditadas) pudieran hacerlo. De esta forma, podrían pasar de sociedades comerciales a personas jurídicas sin fines de lucro, conservando su reconocimiento oficial, autonomía y acreditación vigente, y así podrían acceder a la gratuidad. En septiembre del 2016, el Ejecutivo presentó un paquete de indicaciones, modificando la iniciativa. ¿Qué cambió? Entre otras cosas, la transición regulatoria.

El primer proyecto enviado por el Ejecutivo no contemplaba ningún tipo de transición para lo que estaba regulando. Esto no tardó en encender las alarmas en el mundo técnico profesional. Así, el presidente del Consejo Nacional de Instituciones Privadas de Formación Superior (CONIFOS A.G.), señaló que los procedimientos de transformación regulados en el proyecto de ley constituían, “en la práctica, una expropiación efectuada sin aplicación de las garantías previstas en el art. 19 N° 24, de la Constitución Política de la República”⁵¹. Ello, debido a que los procedimientos permitían traspasar los derechos y obligaciones del respectivo IP o CFT, incluyendo los patrimoniales, a la corporación o fundación sin fines de lucro.

También se reclamaba que se podría afectar derechos de terceros, ya que los contratos con la sociedad organizadora pasarían a la nueva corporación o fundación, la que no tendría relación de propiedad entre los socios controladores y la entidad. Por ejemplo, si el aval de los créditos en la relación con el sistema financiero eran los actuales socios, el cambio de naturaleza jurídica los perjudicaba⁵². Esto mismo podía afectar la acreditación institucional, pues las IES no contarían con el respaldo financiero de los socios, lo que era revisado en el proceso de acreditación⁵³.

bien, a pesar que dicha ley no consideraba a los IP y CFT, lo cierto es que el requisito para acceder a la gratuidad que exigía estar constituida como persona jurídica sin fines de lucro y no contar con controladores lucrativos, excluía de todos modos a la gran mayoría de dichas instituciones. Para ese entonces, de las 38 instituciones técnico-profesionales acreditadas (19 CFT y 19 IP), solo 7 estaban constituidas como personas jurídicas sin fines de lucro (3 CFT y 4 IP). Los restantes 31 habían manifestado su intención de transformarse en entidades sin fines de lucro (Primer Informe de la Comisión de Educación y Cultura del Senado, 2016, p. 8).

Debido a lo anterior, el Ejecutivo, en el marco de la discusión de la Ley de Presupuestos y de esta la “Ley Corta”, se comprometió a enviar un proyecto que permitiera a los IP y CFT acreditados convertirse en personas jurídicas sin fines de lucro, manteniendo su reconocimiento oficial, autonomía y acreditación. Este proyecto se convirtió en la Ley N° 20.980, 2017 que analizamos en este apartado.

⁵⁰ Mociones de los H. senadores Lagos, Montes y Zaldívar (Boletín N° 10.261-04) y de los H. senadores Quintana y Letelier (Boletín N° 10.302-04).

⁵¹ Primer Informe de la Comisión de Educación y Cultura del Senado, 2016, p. 12.

⁵² Primer Informe de la Comisión de Educación y Cultura del Senado, 2016, p. 12.

⁵³ Primer Informe de la Comisión de Educación y Cultura del Senado, 2016, p. 13.

Este argumento es interesante pues vemos que amplía el encuadre para la determinación del elenco de afectados. De acuerdo con este, el cambio no solo afectaría a los socios controladores de las IES, sino que también a sus contrapartes contractuales. Considerar que estas últimas también se ven afectadas por el cambio, tiene el efecto de aumentar los costos del mismo. Si esto es así, se hace necesario articular el mecanismo de transición de una manera que también pueda hacerse cargo de esta pérdida. Por lo demás, esta manera de presentar los costos, indicando que ellos también afectan a terceros, también puede parecer sensata desde la perspectiva de las nociones de justicia y equidad de la comunidad⁵⁴.

Otro argumento que se reclamaba era la diferencia de criterio respecto de la transición contemplada para las corporaciones educacionales regidas por la Ley Nº 20.845, de inclusión escolar. Se alegaba que no se consideraba ninguno de los mecanismos de garantía, gradualidad y compensación que contempló dicha normativa, lo que resultaba “un trato discriminatorio”⁵⁵. No se mencionaba, claro, que este procedimiento era voluntario, a diferencia de la Ley de Inclusión, que obligaba a los sostenedores a convertirse en personas jurídicas sin fines de lucro para continuar recibiendo la subvención. En el caso de los CFT e IP, ellos seguían recibiendo becas.

Tal como sucede con los términos “expropiación” y “afectación de derechos de terceros”, “trato discriminatorio” también es uno que puede resonar bien con nociones de justicia y equidad de la opinión pública. No obstante, vemos el carácter meramente retórico de esta presentación, debido al carácter voluntario de los cambios.

Por su parte, el Consejo de Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica Acreditados, VERTEBRAL, planteó que, ya que la Reforma a la Educación Superior aun no ingresaba a tramitación en esa fecha, no se conocían las condiciones a las que estarían obligadas las IES convertidas en sin fines de lucro⁵⁶. Es importante señalar que las posturas anteriores contrastaban con las manifestadas por miembros del CUECH y el CRUCH, quienes se mostraron alineados con el proyecto de ley⁵⁷.

Los párrafos anteriores muestran cómo hay distintas formas de encuadrar los costos asociados al cambio legal. Varios de ellos son comúnmente utilizados en el debate político y legislativo, particularmente aquellos desde una perspectiva expropiatoria. En este caso, si bien eran debatibles jurídicamente, y no compartidos por todos los actores, hicieron eco en otros directores y dueños de CFT e IP.

En relación con estos, y respecto del supuesto “carácter expropiatorio” de los procedimientos de transformación, es posible hacer algunas precisiones. Es correcto que, por la transformación de las entidades en personas jurídicas sin fines de lucro, las acciones de los socios en la sociedad organizadora desaparecen y, en su reemplazo, los socios adoptan la calidad de “miembros” de la corporación. Y si bien los miembros de

⁵⁴ NASH, 2009, p. 834.

⁵⁵ Primer Informe de la Comisión de Educación y Cultura del Senado, 2016, p. 12.

⁵⁶ Primer Informe de la Comisión de Educación y Cultura del Senado, 2016, p. 12.

⁵⁷ Primer Informe de la Comisión de Educación y Cultura del Senado, 2016, pp. 11 y 13.

una corporación no son titulares de derechos de propiedad en el patrimonio de la persona jurídica, es común la práctica de traspaso a título oneroso de la calidad de miembro o asociado a terceros, o que se disuelva la corporación recuperando parte del patrimonio aportado, o la venta de la institución como un todo⁵⁸. Por tanto, la pérdida patrimonial en caso de transformación no necesariamente significa la pérdida del patrimonio que se aporta a la corporación. Más bien, se trata de una pérdida de liquidez de la inversión y una pérdida de utilidades futuras.

Sin perjuicio de posibles consideraciones de orden constitucional, pues la regulación de la expropiación solo cubre el daño emergente, quedando excluida la indemnización por el lucro cesante o las expectativas de ganancias, lo anterior es interesante desde otra perspectiva. Tal como lo ha descrito la literatura, la pérdida de oportunidades de ganancias futuras (que sí se daría en este caso) no parece ser un encuadre convocante⁵⁹. Las personas tienden a tener mayor apego a las pérdidas directas para sus bolsillos que a la pérdida de oportunidad de ganancias prospectivas. Ello no solo incide en la fuerza de movilización de los afectados por una regulación, sino que también resuena en la opinión pública, en el sentido que será más fácil presentar una determinada compensación como justa cuando se trata de personas que perdieron su inversión o sufrieron un daño patrimonial, a diferencia de cuando pierden oportunidades de ganar en el futuro⁶⁰. Tal parece ser el caso aquí, donde dicho argumento ni aparece en el debate.

No obstante, hubo una creciente presión del sector. Esta redundó en la creación de una mesa técnica entre el Ministerio de Educación y distintas asociaciones de IP y CFT⁶¹. En esta mesa, los directores de los CFT e IP empezaron a plantear la necesidad de un “mecanismo de convergencia para la dotación patrimonial de la nueva entidad”⁶². Ellos proponían, entre otras cosas, la creación de un “pasivo subordinado”⁶³.

Este consistía en que el aporte de activos (inmuebles, infraestructura, equipos, etc.) a la nueva corporación o fundación, se haría mediante una deuda subordinada a favor de los propietarios de la sociedad original. De esta forma, los socios de las entidades organizadoras de los IP y CFT convertirían sus derechos patrimoniales en un crédito contra la nueva entidad sin fines de lucro transformada. Es decir, un pasivo no exigible, que se pagaría a los socios de acuerdo con los resultados que tuviere la corporación nueva. Estos serían limitados al patrimonio actual, con condiciones previamente definidas de interés y prelación⁶⁴.

⁵⁸ De hecho, así ocurrió con la venta de la Universidad Pérez Rosales a INACAP. El traspaso se realizó jurídicamente mediante una modificación de los estatutos de la corporación, donde se reemplazaron la totalidad de los miembros por sociedades del Holding INACAP. Así consta en Sesión Extraordinaria de Directorio de la Corporación Universidad Tecnológica Vicente Pérez Rosales, reducida a escritura pública de 19 de agosto de 2005, suscrita en la Notaría Pública de Santiago de don René Benavente Cash.

⁵⁹ TREBILCOCK, 2014, pp. 26 y 27.

⁶⁰ TREBILCOCK, 2014, pp. 26 y 27.

⁶¹ Segundo Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, 2016, p. 10-14.

⁶² Segundo Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, 2016, p. 10-14.

⁶³ Segundo Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, 2016, p. 10-14.

⁶⁴ Segundo Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, 2016, p. 10-14.

Pero una figura como el pasivo subordinado era contradictorio con el corazón de la política de gratuidad. El requisito de contar con naturaleza jurídica sin fines de lucro para optar al financiamiento de la gratuidad tiene como objetivo que los recursos públicos sean reinvertidos en las IES, no retirados por los dueños de los CFT e IP. Si parte de los recursos públicos aportados a las instituciones por gratuidad se destinan al pago de un pasivo subordinado destinado a compensar la supuesta expropiación, eventual afectación de derechos de terceros y presunto trato discriminatorio, se desvirtúa completamente el objetivo de política pública.

Ello, lamentablemente, puede ocurrir al establecer mecanismos de transición. A nuestro juicio, y como analizamos en detalle en la próxima sección, el cumplimiento de los objetivos de la regulación es uno de los criterios fundamentales que debe guiar la elección de una política transicional.

Afortunadamente en este caso, la propuesta de pasivo subordinado no prosperó. El Ejecutivo, en cambio, ofreció una transitoriedad consistente en importantes beneficios tributarios para los dueños de los CFT e IP que hicieran aportes o donaciones a las nuevas corporaciones o fundaciones constituidas para ser sus continuadoras académicas. Estos beneficios consistían en que las donaciones y aportes realizados se considerarían gastos necesarios para producir la renta⁶⁵. A su vez, las donaciones quedarían exentas del trámite de insinuación, del impuesto a las donaciones y del impuesto al valor agregado⁶⁶. Estos beneficios, que se denominaron “neutralidad tributaria”⁶⁷, aplicarían para los aportes y donaciones efectuados dentro del plazo de un año de publicada la ley. A causa de la insistencia de los grupos de interesados respecto de la insuficiencia de la medida, se amplió la ventana de beneficios tributarios por dos años.

Este caso muestra lo relevante de enmarcar el problema en términos que resuenen con los afectados, los legisladores y la opinión pública en general. Vemos cómo la forma de encuadrar costos y beneficios termina influyendo en la política transicional y en las especificidades del mecanismo escogido. En este caso, por ejemplo, si bien no se logró el pasivo subordinado que algunas partes pedían, plantear los costos en términos de expropiación, afectación de terceros, y trato discriminatorio permitió movilizar a los actores interesados y crear presión política para que el regulador tomara ciertas medidas. Entre ellas, la creación de una mesa técnica con todos los actores, y finalmente, una política transicional nueva: una compensación por la vía de exenciones tributarias.

La incidencia del encuadre en la articulación de la política de transición, releva la necesidad de contar con un criterio que permita orientar la determinación del mismo. Siguiendo a Levinson⁶⁸, una alternativa para ello es desarrollar objetivos que permitan redirigir el foco hacia problemas sociales más amplios, relacionados con el proceso político, resultados distributivos o la estructura de las instituciones. Como argumentaremos

⁶⁵ Lo que implica que no serían considerados como gastos rechazados, los que pagan un impuesto de un 40% sobre el aporte.

⁶⁶ Segundo Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, 2016, p. 6.

⁶⁷ Segundo Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, 2016, p. 7.

⁶⁸ LEVINSON, 2002, pp. 1383 y 1384.

a continuación, considerando la finalidad de las transiciones legales, un criterio determinante –aunque insuficiente por sí solo–, es que el encuadre dé preponderancia al cumplimiento de los objetivos de la reforma.

IV. EL CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DE LA REFORMA COMO CRITERIO ORIENTADOR EN LA ARTICULACIÓN DE UNA POLÍTICA DE TRANSICIÓN

Los costos de una reforma dependen, entre otras cosas, del encuadre que se utilice para establecerlos. Hemos indicado que no existen reglas claras para su determinación, lo que es preocupante pues otorga amplia discrecionalidad en la determinación del impacto de un cambio legal al órgano que está debatiendo su introducción⁶⁹. Asimismo, y vinculado con lo anterior, la manera en que se presentan los impactos de la reforma, lleva a establecer o descartar la procedencia de mecanismos para hacerse cargo de estos.

Siguiendo a Levinson⁷⁰, estos criterios debieran relacionarse con la finalidad de las instituciones para cuya aplicación es necesario determinar la ecuación de costos y beneficios. Debido a que la función de una transición legal es hacer viable el establecimiento de cambios por medio de mecanismos que mitiguen sus impactos⁷¹, consideramos que un criterio primordial a utilizar para estos propósitos es el cumplimiento de los objetivos de la reforma en cuestión. Teniendo estos en vista, es posible evaluar la procedencia de agregar ciertos costos o de considerar beneficios que lleven a disminuir los primeros.

Para ilustrar lo anterior, volvamos al caso anterior. Asumamos que el encuadre de costos comprende la totalidad de la pérdida de liquidez, más las expectativas de ganancias futuras que sufren los socios controladores y la afectación de sus contrapartes contractuales. Consiguientemente, es posible establecer un mecanismo de mitigación que sea idóneo para morigerar un impacto de tal magnitud. Tomando en cuenta la cantidad de afectados por la reforma, el costo de compensar a cada uno de estos haría inviable su introducción. Ante esta situación, una alternativa, aparentemente menos costosa, sería permitir la continuidad de vigencia del régimen anteriormente existente para todos estos. Pero, de adoptarse este curso de acción, la reforma también perdería todo sentido porque permitiría que los recursos públicos de la gratuidad pudieran ser retirados por los controladores de las IES, siendo la situación precisa que se pretendía modificar. En otras palabras, el medio a utilizar para lograr un determinado fin (el mecanismo para mitigar los costos de la transición), acabaría teniendo preponderancia sobre este último (la aprobación de un cambio que aumente el bienestar general).

Como muestra este ejemplo, desde la perspectiva de las transiciones legales, no todas las potenciales alternativas son aceptables: lo son tan solo aquellas que no resultan disfuncionales para el cumplimiento de los objetivos de la reforma. Aunque en la

⁶⁹ LEVINSON, 2002, p. 1375.

⁷⁰ LEVINSON, 2002, pp. 1383 y 1384.

⁷¹ TREBILCOCK, 2014, p. 7.

discusión de la Ley Nº 20.980 el legislador fue consciente de este límite, es importante destacar que muchas veces este puede ser difícil de advertir. Habiendo instalado en el debate una determinada percepción de los impactos de un cambio legal que resuene en la opinión pública, se pueden perder de vista las repercusiones que las distintas políticas de transición tienen para el cumplimiento de los objetivos de la reforma.

En resumen, tanto para decidir si procede o no establecer una transición, como para determinar el mecanismo apropiado para llevarla a cabo, opera un encuadre de costos y beneficios del cambio. Sostenemos que, por la apertura de criterios para realizar este encuadre, un elemento orientador debe ser su compatibilidad con el cumplimiento de los objetivos de la reforma. En otras palabras, la política transicional debe cuidar no ser contradictoria con los objetivos que se procuran satisfacer mediante el respectivo cambio legal.

Esta preponderancia del cumplimiento de los objetivos de la regulación para la adopción del encuadre parece justificada si se considera la relevancia de estos en diversos aspectos de las transiciones legales. Como ya se ha indicado, al momento de evaluar la idoneidad de los diversos mecanismos, existe consenso en que, en la medida que no supongan un desembolso que haga inviable la reforma, los mecanismos financieros son siempre preferibles a los temporales porque no reducen el cumplimiento de los objetivos de la reforma, como lo hacen los segundos⁷².

En el mismo sentido, y en lo relativo a la oportunidad en que se determine el mecanismo de transición, es admisible tener presente que, para establecer el mecanismo óptimo, la literatura recomienda hacerlo al mismo tiempo de determinar sus objetivos⁷³. Es decir, en el diseño de la reforma, y no en la mitad del debate, como suele ser el caso. La razón de ello no es otra que el impacto que este mecanismo puede tener en el cumplimiento de los objetivos de la reforma.

Por último, este criterio también es recomendable desde la perspectiva de la legitimidad del sistema legal. Como enfatizan Nonet y Selznick⁷⁴, es importante que las decisiones de los operadores legales sean responsivas o sensibles a la evolución de las necesidades de la ciudadanía. En esa misma lógica, asignarle un rol preponderante al cumplimiento de los objetivos de una determinada reforma es una opción que justamente aumenta la posibilidad que estas decisiones respondan a dichas necesidades.

V. CONCLUSIONES

En este artículo hemos analizado la articulación de una transición legal y su relación con el encuadre de costos y beneficios asociados a un cambio. Si bien las transiciones legales han suscitado una amplia discusión en la doctrina estadounidense, hasta el momento no se ha observado un desarrollo análogo en el Derecho chileno. A su vez, nos

⁷² KAPLOW, 2003, p. 187; TREBILCOCK, 2014, p. 37.

⁷³ REVESZ y WESTFAHL KONG, 2011, pp. 1615-1621.

⁷⁴ NONET y SELZNICK, 2008, p. 77.

parece pertinente abordar esta materia considerando el contexto actual, debido a las modificaciones legales que se harán necesarias como consecuencia del proceso constituyente en curso en Chile.

Al efecto, hemos explicado en qué consisten las transiciones legales, resaltando que sus elementos centrales son un cambio legal y un mecanismo para mitigar sus impactos. Respecto de los mecanismos, hemos distinguido dos tipos, los financieros y temporales. Enfatizamos la íntima vinculación que existe entre los costos que se asocien a la reforma y el mecanismo escogido, el que debe ser idóneo precisamente para mitigarlos. Por otro lado, hemos enfatizado la incidencia que la manera precisa en que se articulen las transiciones puede tener sobre el cumplimiento de los objetivos del cambio legal en cuestión.

Esto nos ha llevado a analizar a base de qué unidad de análisis se determinan los costos y beneficios de una modificación legal. Examinada la literatura, planteamos que el órgano que se encuentra evaluando la pertinencia de establecer una transición o de determinar un mecanismo para articularla, posee un amplio margen para realizar el encuadre o configurar esta unidad (por medio del ámbito material, temporal o los diversos elencos de individuos susceptibles de ser afectados).

Asimismo, hemos visto que los costos y beneficios de la reforma pueden ser presentados de distintas maneras por los afectados, con diferente resonancia tanto en los órganos responsables de establecer la transición como en la opinión pública. Hemos recalcado cómo la manera de presentar los impactos de una reforma (señalando, por ejemplo, que es expropiatoria o que afecta derechos de terceros) puede perfilar la decisión de otorgar transición y, especialmente, la del mecanismo apropiado para este propósito.

Todo lo anterior incide en el encuadre que el mencionado órgano realice para justificar la necesidad de establecer una transición mediante un mecanismo preciso. Hemos intentado ilustrar este análisis utilizando como ejemplo el debate legislativo de la transición de la Ley N° 20.980. Este nos muestra distintos costos para distintos actores, producto de procesos de encuadre que consideran elencos de afectados diferentes, o que entienden los costos como constitutivos de expropiación o discriminación. Asimismo, nos muestra cómo estos distintos encuadres devienen en mecanismos de transición diferentes.

Considerando la indeterminación que observamos respecto de la adopción del encuadre, hemos argumentado que las decisiones que finalmente se adopten sobre la política de transición deben ser compatibles con el cumplimiento de los objetivos de la reforma. O por lo menos, no deben contradecir o negar sus fines. La formulación de este criterio es coherente con lo planteado en la literatura respecto de la función de las transiciones legales. Adicionalmente, este criterio finalista también resulta pertinente desde la perspectiva de la legitimidad del sistema legal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE, Eduardo, 2006: "Limitación y Expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 33, N° 2, pp. 285-303. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n2/art05.pdf>. [Fecha de consulta: 9.9.2021].

- BELL, Abraham, 2003: "Not just compensation", *Journal of Contemporary Legal Issues*, volumen 13, Nº 1.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2017: *Historia de la Ley Nº 20.980. Primer Informe de la comisión de educación y cultura*.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2017: *Historia de la Ley Nº 20.980. Segundo Informe de la Comisión de Hacienda*.
- BLUME, Lawrence y RUBINFELD, Daniel, 1984: "The Taking of Land: When Should Compensation be Paid?", *Quarterly Journal of Economics*, volumen 99, Nº 1.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2006: "La dogmática constitucional de la propiedad en el Derecho Chileno", *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, volumen 19, Nº 1, pp. 125-148. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v19n1/art06.pdf>. [Fecha de consulta: 9.9.2021].
- DAGAN, Hanoch, 2004: "Restitution and slavery: on incomplete commodification, intergenerational justice, and legal transitions", *Boston University Law Review*, volumen 84, Nº 5.
- DELGADO, Verónica, 2015: "La orden de 'trasladar' o 'retirar' una industria por razones ambientales en la ley y jurisprudencia chilenas", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, volumen 22, Nº 1, pp. 481-506. Disponible en: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/1837/1463>. [Fecha de consulta: 9.9.2021].
- EPSTEIN, Richard, 2003: "Beware of Legal Transitions: A Presumptive Vote for the Reliance Interest", *Journal of Contemporary Legal Issues*, volumen 13, Nº 1, pp. 69-92. Disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2395&context=journal_articles. [Fecha de consulta: 7.9.2021].
- FERMANDOIS, Arturo, 2006: *Derecho Constitucional Económico. Regulación, tributos y propiedad*, Santiago: Ediciones UC.
- FERMANDOIS, Arturo y ZEPEDA, Cristóbal, 2016: "Curtidos Bas y expropiación regulatoria: elevando el estándar constitucional para cargas gravosas a la propiedad", en Arturo Fermandois y Sebastián Soto (Editores), *Sentencias Destacadas 2015*, Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo, pp. 263-291.
- FRIED, Barbara, 2003: "Ex ante/Ex post", *Journal of Contemporary Legal Issues*, volumen 13, Nº 1.
- GRAETZ, Michael, 1977: "Legal Transitions: The Case of Retroactivity in Income Tax Revision", *University of Pennsylvania Law Review*, volumen 126, Nº 1.
- GUILOFF, Matías, 2018: "La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena", *Revista Ius et Praxis*, volumen 24, Nº 2, pp. 621-648. Disponible en: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1161/576>. [Fecha de consulta: 7.9.2021].
- HOCHMAN, Harold, 1974: "Rule Change and Transitional Equity", en Harold Hochman y David G. Peterson (Editores), *Redistribution through public choice*, New York: Columbia University Press, pp. 136-161.
- HUBER, Bruce, 2011: "Transition Policy in Environmental Law", *Harvard Environmental Law Review*, 35, Nº 1.
- KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, 1984: "Choices, Values, and Frames", *American Psychologist*, volumen 39, Nº 4.
- KAPLOW, Louis, 1986: "An Economic analysis of legal transitions", *Harvard Law Review*, volumen 99, Nº 3.
- KAPLOW, Louis, 2003: "Transition Policy: A Conceptual Framework", *Journey of Contemporary Legal Issues*, volumen 3, Nº 1.

- LEVINSON, Darryl, 2002: "Framing Transactions in Constitutional Law", *Yale Law Journal*, volumen 111, N° 6, pp. 1311-1390. Disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4586&context=yjl>. [Fecha de consulta: 7.9.2021].
- LEVMORE, Saul, 1999: "Changes, anticipations, reparations", *Columbia Law Review*, volumen 99, N° 7.
- LOGUE, Kyle, 1996: "Tax Transitions, Opportunistic Retroactivity, and the Benefits of Government Precommitment", *Michigan Law Review*, volumen 94, N° 6.
- MICHELMAN, Frank, 1967: "Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law", *Harvard Law Review*, volumen 80, N° 6.
- MONTT, Santiago, 2009: *State Liability in Investment Treaty Arbitration*, Portland, Estados Unidos: Hart Publishing.
- NASH, Jonathan, 2006: "Framing Effects and Regulatory Choice", *Notre Dame Law Review*, volumen 82, N° 1, pp. 314-372. Disponible en: <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1288&context=ndlr&httpsredir=1&referer=>. [Fecha de consulta: 7.9.2021].
- NASH, Jonathan y REVESZ, Richard, 2007: "Grandfathering and Environmental Regulation: The Law and Economics of New Source Review", *Northwestern University Law Review*, volumen 101, N° 4.
- NASH, Jonathan, 2009: "Allocation and Uncertainty: Strategic Responses to Environmental Grandfathering", *Ecology Law Quarterly*, volumen 36, N° 4, pp. 809-850. Disponible en: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1122392>. [Fecha de consulta: 7.9.2021].
- NONET, Philippe y SELZNICK, Phillip, 2008: *Law & Society in Transition. Towards Responsive Law* (4° edición), New Brunswick: Transaction Publishers.
- PONCE DE LEÓN, Viviana, 2015: "La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 42, N° 3, pp. 843-871. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v42n3/art05.pdf>. [Fecha de consulta: 9.9.2021].
- QUINN, John y TREBILCOCK, Michael, 1982: "Compensation, Transition Costs, and Regulatory Change", *The University of Toronto Law Journal*, volumen 32, N° 2.
- REVESZ, Richard y WESTFAHL KONG, Allison, 2011: "Regulatory Change and Optimal Transition Relief", *Northwestern University Law Review*, volumen 105, N° 4, 1582-1634. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1146&context=nulr>. [Fecha de consulta: 7.9.2021].
- ROSE, Carol, 2000: "Property and Expropriation: Themes and variations in American Law", *Utah Law Review*, N° 1.
- ROSE-ACKERMAN, Susan, 1988: "Against Ad Hocery", *Columbia Law Review*, volumen 88.
- SHAVELL, Steven, 2008: "On Optimal Legal Change, Past Behavior, and Grandfathering", *Journal of Legal Studies*, volumen 37, N° 1.
- SHAVIRO, Daniel, 2001: *When the rules change: An Economic and Political Analysis of Transition Relief and Retroactivity*, Chicago: University of Chicago Press.
- SILVA CIMMA, Enrique, 1992: *Derecho administrativo chileno y comparado: Introducción y fuentes*, Santiago: Editorial Jurídica.
- THALER, Richard, 1999: "Mental Accounting Matters", *Journal of Behavioral Decision Making*, volumen 12, N° 3.
- TREBILCOCK, Michael, 2014: *Dealing with Losers: The Political Economy of Policy Transitions*, New York: Oxford University Press.
- WYMAN, Katrina, 2017: "Taxi Regulation in the Age of Uber", *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, volumen 2, N° 1.

Normas jurídicas citadas

- DECRETO 458 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ley General de Urbanismo y Construcciones, publicada el 13 de abril de 1976.
- LEY Nº 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada el 9 de marzo de 1994.
- DECRETO Supremo 13 del Ministerio del Medio Ambiente, Establece Norma de Emisión para Centrales termoeléctricas, publicado el 23 de junio de 2011.
- DECRETO Supremo 38 del Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba Reglamento para la dicitación de Normas de calidad Ambiental y de Emisión, publicado el 22 de julio de 2013.
- LEY Nº 20.845, De inclusión escolar que regula la admisión de estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, publicada el 8 de junio de 2015.
- LEY Nº 20.890, Modifica la Ley Nº 20.882, de presupuestos del sector público del año 2016, publicada el 26 de diciembre de 2015.
- LEY Nº 20.980, Permite la transformación de los Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica en personas jurídicas sin fines de lucro, publicada el 19 de enero de 2017.
- LEY Nº 21.052, Modifica diversos cuerpos legales para facilitar el funcionamiento del sistema escolar, publicada el 28 de diciembre de 2017.
- LEY Nº 21.104, Modifica la Ley Nº 20.845, de inclusión escolar, en cuanto a la entrada en funcionamiento del sistema de admisión único para la región que indica, publicada el 6 de agosto de 2018.
- LEY Nº 21.152, Mejora el ingreso de docentes directivos al sistema de desarrollo profesional docente, modifica diversos cuerpos legales y establece los beneficios que indica, publicada el 25 de abril de 2019.
- PROYECTO de Ley que permite la transformación de los institutos profesionales y centros de formación técnica en personas jurídicas de aquellas regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, Boletín Nº 10.261-04.
- PROYECTO de ley que permite la transformación de los institutos profesionales y centros de formación técnica, en corporaciones reguladas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, Boletín Nº 10.302-04.