

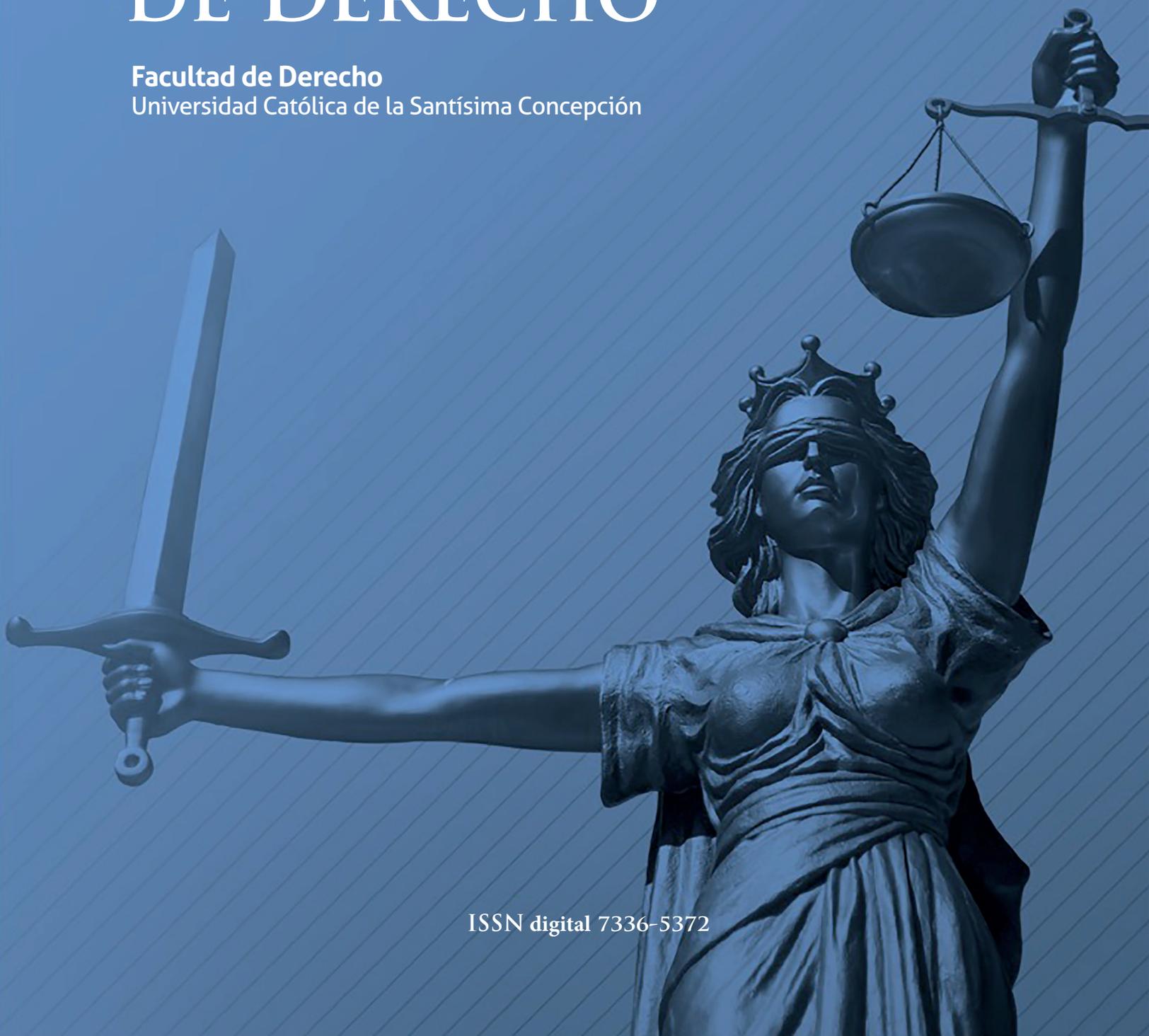


UCSC

EDICIÓN Nº 40 | 2022

REVISTA DE DERECHO

Facultad de Derecho
Universidad Católica de la Santísima Concepción



ISSN digital 7336-5372

REVISTA DE DERECHO

Facultad de Derecho

Universidad Católica de la Santísima Concepción

Director: **CRISTIAN AEDO BARRENA**

Subdirector: **RAMÓN GARCÍA ODGERS**

Secretario de redacción: **FABRIZIO MACALUSSO CASTRO**

Comité Editorial

Carlos Amunátegui Perelló, Pontificia Universidad Católica de Chile

Manlio Bellomo, Universidad de Catania, Italia

Dante Figueroa Hernández, Georgetown University, EEUU

Rodrigo Fuentes Guíñez, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

Claudio Fuentes Maureira, Universidad Diego Portales, Chile

Abelardo Levaggi, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Renzo Munita Marambio, Universidad del Desarrollo, Chile

Francisco Orrego Vicuña, Universidad de Chile

Daniel Peñailillo Arévalo, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

Sophia Romero Rodríguez, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

José Luis Soberanes Fernández, Universidad Nacional Autónoma de México

John Sorabji, University College of London, Inglaterra

Eduardo Soto Kloss, Universidad Santo Tomás, Chile

Alan Uzelac, Universidad de Zagreb, Croacia

Laura Velázquez Arroyo, Universidad Nacional Autónoma de México

Alvaro Vidal Olivares, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Adolfo Wegmann Stockebrand, Pontificia Universidad Católica de Chile

Jaime Williams Benavente, Universidad de Chile

La redacción de la *Revista de Derecho* tiene su sede en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Lincoyán 255, Concepción. Dirección postal: Casilla 297, Concepción. Fonos: 56-41-2345600 - 56-41-2345602. Correos electrónicos: revistadederecho@ucsc.cl y fmacalusso@ucsc.cl

Las solicitudes de colaboración, deben dirigirse al Director con copia al subdirector, en las direcciones señaladas anteriormente.

Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, ISSN digital 2735-6337, se publica semestralmente, en los meses de junio y diciembre.

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción y son de su exclusiva responsabilidad.

Editorial

Publicamos el número 40 de la Revista de Derecho de nuestra Facultad, cumpliendo con los estándares de calidad que nos permita aspirar a la indexación de la revista en bases de datos de prestigio internacional. Como hemos advertido en otras editoriales, este es un camino trazado por el Plan de Desarrollo estratégico de la Facultad de Derecho, y una larga aspiración, pues no cabe duda alguna, que las revistas logran posicionar la investigación, en los más altos estándares de calidad y son la muestra de madurez del proyecto educacional.

Si el año 2021 habíamos conseguido con éxito la incorporación a dos importantes bases de datos, a saber Erih Plus y Redib, este año 2022, como se advirtió en nuestra editorial anterior, se ha avanzado hacia la incorporación a Open Journal System, un software para la administración de revistas revisadas por pares y de libre acceso. Constituye un gran paso, porque pone a la Revista de la Facultad a la par de otras revistas UCSC, ya indexadas y facilita la gestión. Gracias Ediciones UCSC, nos encontramos trabajando en el tránsito de la Revista a dicha plataforma, a la que se asocian los artículos.

Adicionalmente, junto al equipo editorial de la UCSC, seguimos reforzando la difusión en RRSS y continuaremos, para el año 2022, con el ciclo de seminarios, como actividades de extensión de la revista, consistentes en el examen y análisis de un artículo escogido de la misma, que persigue posicionar a la revista, como actor en la extensión académica de la Facultad, tal como hacen muchas revistas a nivel internacional.

En cuanto al número 40, el lector encontrará una muy variada oferta y de una calidad académica excepcional. Dos artículos de derecho privado patrimonial, uno de derecho de administrativo, uno de derecho procesal, otro de derecho laboral, y una biografía histórica, son los seis artículos que conforman esta edición, además de dos comentarios de sentencias sobre interesantes problemas de derecho laboral. Contamos con aportes de tres académicos, profesores prestigiosos y consagrados de las Universidades Diego Portales, Adolfo Ibáñez y Pontificia Universidad Católica de Chile (profesores Cristian Riego, Alberto Pino y Jaime Alcalde, respectivamente), la prestigiosa profesora Sophia

Romero, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, quien presenta junto a Macarena Jaque, Lucas prieto y Jaime Zuleta, un interesante trabajo relativo a la perspectiva de género en la valoración de la prueba en procedimientos laborales. Junto a ellos, los interesantísimos y profundos trabajos de Derecho comercial y de Derecho administrativo, como es el caso de los profesores Luis Colman y Álvaro Quezada, respectivamente. Los trabajos se cierran con dos excelentes comentarios a cargo del profesor Juan Guzmán, sobre la configuración de la relación laboral en el caso de trabajadores públicos y de la profesora Yenny Pinto, relativo a un recurso de protección, que acoge la acción intentada por un funcionario municipal que invocaba en su favor la aplicación del estatuto del teletrabajo. Ambos prestigian el rubro de los comentarios de sentencias, a menudo tan olvidados y abandonados.

No quiero terminar esta editorial, sin antes agradecer a cada uno de los autores que han confiado en nosotros y, nuevamente, al equipo editorial a cargo del número y que me acompaña en este hermoso desafío Ramón García, subdirector, Fabrizio Macalusso, secretario de redacción y los miembros del equipo, Camila Molina, Jorge Miranda y Sebastián González, quienes son los verdaderos responsables de los cambios que ya están en marcha.

CRISTIAN AEDO BARRENA

Director

La protección de la autonomía del deudor frente al incumplimiento contractual. ¿Derecho a cambiar de opinión?

The protection of the debtor's autonomy against breach of contract: the right to change his mind?

Alberto Pino Emhart

Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile.

Correo electrónico, alberto.pino@uai.cl. <https://orcid.org/0000-0003-2066-6611>.

Recibido el 14/05/2022

Aceptado el 03/06/2022

Publicado el 30/06/2022

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n40-01>

RESUMEN: El artículo analiza las limitaciones al ejercicio de la pretensión de cumplimiento específico por incumplimiento contractual en el derecho chileno, a la luz de la protección de la autonomía del deudor en aquellos casos en los cuales el cumplimiento del contrato decisiones que afectan dicha autonomía. Esta justificación permite releer algunas normas del derecho chileno vigente, y adecuarlas a los principales instrumentos de armonización contractual que consagran, con algunos matices y diferencias, estas restricciones.

PALABRAS CLAVE: Autonomía del deudor, remedios contractuales, incumplimiento contractual, cumplimiento específico.

ABSTRACT: *The article analyses the limitations to the exercise of the claim for specific performance for breach of contract in Chilean law, in light of the protection of the debtor's autonomy in those cases in which the performance of the contract decisions affect such autonomy. This justification makes it possible to re-read some rules of current Chilean law, and to adapt them to the main instruments of contractual harmonisation that enshrine, with some nuances and differences, these restrictions.*

KEY WORDS: *Debtor autonomy, contractual remedies, breach of contract, specific performance.*

I. AUTONOMÍA Y FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO

En la discusión acerca de los fundamentos de la obligatoriedad de los contratos, pareciera encontrarse asentada la idea según la cual el principio de la autonomía de la voluntad es el que justifica la fuerza obligatoria del contrato, expresada en el conocido principio del *pacta sunt servanda*, seguido por diversos códigos civiles de la tradición civil continental. Siguiendo esta idea, los contratantes restringen su libertad y autonomía al celebrar un contrato para, paradójicamente, aumentar su libertad y autonomía al poder planificar sus vidas y obtener los beneficios de la coordinación colectiva. La contradicción entre la libertad de los contratantes para celebrar (o no celebrar) un contrato y la fuerza obligatoria del contrato válidamente celebrado, con su eventual cumplimiento coaccionado que restringe la libertad de las partes sería solo una contradicción aparente. Este es el principal argumento de autores como Charles Fried,¹ Dori Kimel,² o Esteban Pereira en el ámbito del derecho chileno.³

Sin embargo, hay casos en los cuales la contradicción entre la autonomía de las partes para contratar y la restricción a su autonomía se presenta como un problema más que aparente, y hasta incluso intolerable. Quizás los ejemplos más claros tienen que ver con el objeto ilícito, como en El mercader de Venecia. Parece claro que el derecho no debe otorgarle validez al contrato que celebra Antonio con el usurero Shylock, puesto que, como nos señala Kimel, algunas restricciones a la libertad contractual pueden justificarse sobre la base de descartar opciones que en el largo plazo tienden a ser contrarias a la autonomía de las personas.⁴ Pero en otros casos, la situación no es tan clara. Supongamos otro caso más simple, en el que no hay un (aparente) problema de objeto ilícito involucrado: Julio, un famoso escritor, se compromete con la editorial Estantería a escribir una novela dentro del plazo de un año, por la suma de 10.000 dólares que la editorial paga por adelantado. Transcurrido el plazo, Julio no ha escrito la novela, toda vez que ha decidido dar un vuelco a su carrera por la de pintor, y ofrece a la editorial restituir los 10.000 dólares pagados. ¿Puede Estantería exigir el cumplimiento del contrato, o el derecho civil debiera permitirle a Julio cambiar de opinión?

La postura de Fried respecto a este punto es lapidaria: permitir que las personas cambien de opinión durante la ejecución de los contratos implica no tomar en serio sus compromisos y promesas de actuación. En definitiva, nos dice Fried, no se toma en serio a la persona y a su capacidad para comprometerse, tratándose como un niño. Si permitimos a Julio cambiar de opinión, sigue Fried, su compromiso con el contrato no es serio, demostraría una incapacidad para cumplir con lo pactado.⁵ Esto resulta, a mi juicio, particularmente llamativo. Si se considera la autonomía de la voluntad de

¹ FRIED (1996).

² KIMEL (2005).

³ PEREIRA FREDES (2016).

⁴ KIMEL (2005), cap. V.

⁵ FRIED (1996), p. 36: “Si no tomamos en serio la autoimposición de una obligación, porque no lo hacemos con la concepción del bien que obligó al promitente y que lo llevó a asumir dicha obligación, asimismo no lo tomamos en serio como persona. Lo tratamos como a un niño, como hacemos con toda propiedad liberamos a éstos de las consecuencias de sus opciones”.

las partes como el motor central de los contratos, ¿no debiera entonces ser relevante el hecho que una de las partes haya cambiado su voluntad? ¿Por qué solo los niños tienen derecho a cambiar de opinión?⁶

Quizás el problema radica en insistir en el principio de la autonomía de la voluntad. En este sentido, sería un error pensar que la fuerza obligatoria de los contratos tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes, sino en la propia ley que obliga a los contratantes a cumplir lo legalmente pactado. Este argumento fue formulado por Carlos Pizarro a partir del artículo 1545 del Código Civil chileno. Este autor sostiene que la autonomía de la voluntad no tiene rol que cumplir una vez perfeccionado el contrato: “*Porque la voluntad de cada contratante pierde, una vez perfeccionado el contrato, su fuerza creadora o modificadora, ella no puede explicar la fuerza obligatoria del contrato*”⁷ Más interesante aún resultaría el hecho de sostener que la autonomía de la voluntad tampoco podría explicar qué tipos de remedios debe proveer el sistema jurídico frente al incumplimiento de contrato. Si bien no es el objeto del presente trabajo hacerse cargo de esta provocadora idea, quiero detenerme aquí sobre esta última implicancia sobre los remedios o medios de tutela contractual.

La doctrina suele concentrarse en la satisfacción del interés del acreedor para que este ejerza su pretensión frente al incumplimiento contractual.⁸ Lo mismo suele expresarse en reglas como la del artículo 91 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, que dispone que “*en caso de incumplimiento, el acreedor puede ejercer, a su elección y según proceda, alguno de los siguientes medios de tutela...*”⁹ Corresponde entonces exclusivamente al acreedor determinar la forma en la cual ejercerá su pretensión contractual, solicitando el cumplimiento específico, la resolución del contrato, la indemnización de perjuicios, la reducción del precio o la suspensión del cumplimiento, sin necesidad de preguntarle al deudor. El derecho protege por consiguiente la autonomía del acreedor, al no imponerle la obligación de, por ejemplo, insistir en el cumplimiento de un contrato que ya no le es conveniente en razón de su interés contractual. Pero, ¿qué pasa con la autonomía del deudor? ¿Protege el derecho contractual la autonomía del deudor frente al incumplimiento contractual? Podría pensarse que el objetivo del derecho contractual se centra exclusivamente en la protección del interés del acreedor, ya que el deudor voluntariamente se ha situado en la posición de incumplimiento contractual. Mi objetivo aquí es plantear que esta afirmación es errónea, y que el derecho se preocupa de proteger la autonomía del deudor, matizada por el incumplimiento. Ello, a mi juicio, se desprende no solo de las principales teorías del contrato, sino también a partir de una relectura de las normas legales vigentes, tomando como ejemplos los instrumentos supranacionales de derecho contractual y el caso del derecho chileno.

⁶ La formulación de la misma pregunta en KIMEL (2005).

⁷ PIZARRO (2004), p. 236.

⁸ PIZARRO (2007), pp. 395-402. VIDAL (2007).

⁹ DE LA MAZA (2017), p. 96.

II. LA (SUPUESTA) PREEMINENCIA DEL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO O FORZADO

“El derecho a la ejecución *in natura* se revela con preeminencia en un enfoque clásico de los remedios frente al incumplimiento”, señalaba algunos atrás Gonzalo Ruz.¹⁰ Agregaba el autor más adelante que esta perspectiva clásica es compatible con una posición más moderna sobre la materia: “La perspectiva moderna de igualar los remedios a fin de ofertarlos al acreedor frente al incumplimiento del deudor, no pugna con una eventual preeminencia del derecho a la ejecución *in natura*, cuando aparece de manifiesto que el interés de las partes subsiste y es posible hacer cumplir la prestación debida”.¹¹ Sabemos que actualmente no se discute en Chile el derecho del acreedor para elegir entre el remedio que más le resulte conveniente, pudiendo optar libremente por ejercer la facultad de resolver el contrato o la indemnización de perjuicios.¹² En este esquema, el cumplimiento forzado es una más de las opciones que tiene el acreedor dentro del abanico de posibilidades que le otorga el sistema jurídico para la satisfacción de su interés.¹³ Ello se describe como parte de la modernización del derecho de contratos o “nuevo derecho de contratos”.¹⁴ Bajo este escenario, ¿en qué sentido el cumplimiento forzado tendría preeminencia sobre los demás remedios, como sostenía Ruz?

Tal vez se trate de una preeminencia normativa. En este sentido, podría sostenerse que el cumplimiento específico del contrato pareciera ser la respuesta más correcta frente a la vulneración de un derecho de la víctima, en este caso, el acreedor. De acuerdo a la llamada tesis de la continuidad, ocurrido un incumplimiento contractual persisten o *continúan* las mismas razones para cumplir el contrato que existían antes del incumplimiento; el derecho debe poner al acreedor en la posición más cerca posible a la que se encontraría si nunca se hubiese incumplido el contrato.¹⁵ A diferencia de lo que ocurre usualmente en la responsabilidad extracontractual, donde ya no es posible poner a la víctima en la misma posición que se encontraría de no haber ocurrido el ilícito (no puede deshacerse el daño), en el ámbito contractual el remedio que más acerca al acreedor a la posición en que se encontraría de haberse cumplido el contrato en muchos casos está disponible: el contrato debiera cumplirse si el acreedor todavía lo desea y ello es posible.

Por consiguiente, podríamos sostener que el cumplimiento específico tiene una suerte de preeminencia sobre los demás remedios, ya que en principio es el que mejor protege el interés del acreedor. Ello bajo dos condiciones necesarias: primero, que el acreedor todavía desee que se cumpla el contrato. ¿Quién mejor que el acreedor para determinar cuál de estas opciones es la que mejor satisface su interés al momento de contratar? Pero si el acreedor ya perdió interés en la ejecución del contrato, puede que le resulte más conveniente optar por su resolución o la indemnización de

¹⁰ RUZ LÁRTIGA (2010), p. 158.

¹¹ RUZ LÁRTIGA (2010), p. 162.

¹² Por todos, DE LA MAZA Y VIDAL (2018), p. 728: “Todo parece indicar que, actualmente, la posición dominante, tanto en la doctrina más autorizada como en la opinión de los tribunales superiores de justicia, particularmente en la de la Corte Suprema, aunque con alguna excepción, es la aceptación de la autonomía de la pretensión indemnizatoria”. Véase también, LÓPEZ (2014), pp. 139-207.

¹³ Entre otros, BAHAMONDES (2018), p. 128; VIDAL (2014), pp. 229-247; BARROS (2007), pp. 406-409.

¹⁴ MORALES (2016).

¹⁵ GARDNER (2011), p. 33.

perjuicios. En segundo lugar, el cumplimiento debe ser posible. Si resulta imposible cumplir para el deudor, el acreedor necesariamente deberá acudir a la indemnización de perjuicios que sustituya la prestación (a veces denominado como cumplimiento por equivalencia).¹⁶ En estos casos, resulta más claro el rol preeminente que tendría el cumplimiento forzado, pudiendo por ejemplo el acreedor tratándose de una obligación de dar acceder a la indemnización de perjuicios como un remedio secundario al cumplimiento específico, al resultar este imposible.

Pero fuera de estos casos específicos en que el cumplimiento específico no se encuentra disponible, ¿qué sentido tiene concebir al cumplimiento específico como un remedio preeminente? Es más, si consideramos el artículo 1555 del Código Civil respecto de las obligaciones de no hacer, la regla general pareciera ser exactamente la opuesta: el cumplimiento específico (la destrucción de lo hecho en contravención al contrato) constituye la excepción, siendo la regla general la indemnización de perjuicios. La norma enuncia desde un comienzo que “*toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho*”. Luego en el segundo inciso la norma condiciona el cumplimiento específico a que la destrucción sea “*necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato*”. Difícilmente podría considerarse al cumplimiento específico como la regla general en este ámbito.¹⁷

Desde la perspectiva clásica podría contraargumentarse que el cumplimiento específico sigue siendo el remedio preeminente a pesar de estas consideraciones. Lo que ocurre es que el legislador presume que el acreedor *prima facie* prefiere el cumplimiento específico frente a los demás remedios, mientras que en el caso de las obligaciones de no hacer podría entenderse que el acreedor usualmente prefiere la indemnización de perjuicios por sobre el cumplimiento específico. Si la destrucción de lo hecho en contravención a lo convenido no es necesaria para el objeto que se tuvo en vista al momento de la celebración del contrato, la ley entiende que el acreedor debiera preferir la indemnización de perjuicios por sobre el cumplimiento específico en este caso. Por cierto, ello explica en parte por qué en este caso el cumplimiento específico se muestra como un remedio de carácter secundario frente a la indemnización de perjuicios. Pero solo en parte, puesto que la ley no solo establece una cierta preferencia por la indemnización de perjuicios, sino que *condiciona* la posibilidad de pedir el cumplimiento forzado a que la destrucción será necesaria para el objeto que se tuvo en vista al tiempo de la celebración del contrato. Bajo esta lectura, la preeminencia del cumplimiento específico implicaría una suerte de presunción por parte del legislador, según la cual para el acreedor en principio es preferible el cumplimiento específico respecto de los demás remedios, salvo en el caso de las obligaciones de hacer -caso en el cual el legislador no manifiesta preferencia alguna en el artículo 1553- y las obligaciones de no hacer -caso en el cual el legislador definitivamente le otorga un rol secundario al cumplimiento específico respecto de la indemnización de perjuicios. A ello se pueden agregar, además, los casos en los cuales el cumplimiento específico resulta imposible.

¹⁶ A menos que el deudor tenga a su favor una excusa de fuerza mayor o caso fortuito que le permita liberarse de la obligación de indemnizar los perjuicios.

¹⁷ Una interpretación contraria en BAHAMONDES (2018), p. 88, quien señala que “*la norma del Código Civil privilegia el cumplimiento en naturaleza, en caso de poder destruirse la cosa hecha, por medio de la ejecución forzada sobre el deudor o mediante la autorización de dicha actividad al propio acreedor*”.

Todo lo anterior indica que la supuesta preeminencia del cumplimiento específico frente a los demás remedios contractuales puede tener diversos significados. En la actualidad, no parecen haber sustentos para plantear una preeminencia normativa. Los textos del Código Civil como los artículos 1489, 1553 o 1555 no avalan esta lectura. La única interpretación plausible de la preeminencia del cumplimiento específico sería la presunción por parte del legislador conforme a la cual el acreedor normalmente prefiere optar por el cumplimiento forzado. Los textos tampoco otorgan expresamente este rol preferente al cumplimiento forzado, pero bien puede asumirse que los acreedores prefieren *prima facie* perseverar en los contratos que no son cumplidos, como la mejor opción a que el contrato se hubiese cumplido desde un principio. Ello es todo lo que, a mi juicio, puede concederse a esta tesis de la preeminencia. Me interesa a continuación concentrarme en aquellos casos en los cuales, a pesar de que el acreedor pueda preferir el cumplimiento específico, dicha preferencia es derrotada por otras consideraciones que no le permiten al acreedor optar por este remedio.

III. LAS LIMITACIONES AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO

Volvamos a nuestro ejemplo anterior del contrato del escritor Julio con la editorial Estantería. ¿Podría insistir la editorial Estantería en ejecutar el contrato, en forzar a Julio a ejecutar la prestación prometida? La tesis que recién examinamos de la preeminencia del cumplimiento específico nos llevaría a pensar que es perfectamente posible para la editorial insistir en la ejecución del contrato. Aunque como ya se indicó, el texto del artículo 1553 del Código Civil no le otorga preferencia alguna al cumplimiento forzado, podríamos pensar que la respuesta más natural frente al incumplimiento del deudor sería la ejecución forzada. El artículo 1553 N° 1 permite exigir al acreedor “*a elección suya*”, “*que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido*”. Esto lo complementa el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, señalando que en estos casos “*podrá el tribunal imponerle arresto hasta por 15 días o multa proporcional, y repetir estas medidas para obtener el cumplimiento de la obligación*”.

La norma parece estar del lado de la editorial Estantería en el caso que ella quiera persistir en el contrato: esta, como acreedora del contrato, puede a su elección exigir el cumplimiento del contrato. ¿Podría haber buenas razones para que la editorial insista en la ejecución del contrato? Desde luego que sí. Julio podría tener un talento único, con un éxito de ventas asegurado. Quizás la editorial invirtió antes en el escritor, apoyó sus proyectos de juventud y tiene proyectado ahora poder obtener los frutos. Es posible que no exista en el mercado otra persona que pueda prestar el mismo servicio de manera equivalente, una especie de “*operación de reemplazo*”.¹⁸ El problema es que el deudor también puede tener buenas razones para dejar de prestar el servicio. Y la cuestión se vuelve particularmente problemática en el caso de las obligaciones de hacer. ¿Es posible para el sistema jurídico obligar a una persona a ejecutar algo que no quiere hacer? Una larga tradición en el derecho anglosajón responde negativamente a esto: los contratos de prestación de servicios no son susceptibles de cumplir forzosamente ya que, según explica la doctrina, sería equivalente a imponer una suerte de “*contrato*

¹⁸ Sobre las operaciones de reemplazo en el marco de las compraventas internacionales de mercadería, véase VIDAL (2008).

de esclavitud”¹⁹ El punto no es baladí, porque retomando lo indicado en la primera sección, el deudor libremente se obliga, y al obligarse renuncia en parte a su libertad. Pero ciertamente no renuncia a toda su libertad. ¿Cómo puede resolverse este conflicto? ¿Cómo pueden equilibrarse los legítimos intereses del acreedor con los del deudor?

Pareciera ser que las normas chilenas examinadas no son sensibles respecto de esta problemática, o al menos no nos entregan pistas respecto a cómo podría resolverse el conflicto. El acreedor puede libremente optar por el cumplimiento forzado y obligar al deudor a ejecutar el hecho convenido, sin restricción alguna. ¿Es ello así? Hace algunos años atrás, Enrique Barros señalaba que las citadas normas (artículos 1553 del Código Civil y 543 del Código de Procedimiento Civil) otorgan una facultad a los jueces que estos debieran ejercer prudencialmente, moderando el efecto contrario a la libertad y dignidad de las personas.²⁰ Ello pareciera sustentarse en la expresión “*podrá el tribunal*” del artículo 543. Pero, ¿cómo podría el juez negarse a la solicitud de la editorial para apremiar mediante arresto a Julio para que cumpla su obligación? El artículo 1553 del Código Civil es claro en señalar que el elegir apremiar al deudor para que cumpla es a elección suya y no del juez. Las normas no parecieran dejar mucho espacio al juez para negarse a apremiar al deudor para que cumpla su prestación, o al menos sería deseable que el legislador precise los criterios bajo los cuales el juez “*podrá*” ordenar el arresto.

Quizás el problema reside precisamente en la forma en la cual el acreedor puede ejercer su elección entre los remedios comprendidos en el artículo 1553. Desde luego, como señalaba Carlos Pizarro, es el acreedor quien debe optar entre el abanico de remedios que pone a su disposición el derecho de contratos ante un incumplimiento contractual, puesto que estas medidas persiguen la satisfacción de su interés.²¹ Ello constituye un avance, puesto que el acreedor no siempre querrá optar por exigir el cumplimiento forzado del contrato; por ejemplo, puede que haya perdido confianza en su deudor, y en tal caso podrá optar por los otros remedios contractuales contemplados en los numerales 2 y 3 del artículo 1553 si la obligación es de hacer. Ya hemos visto que si bien el cumplimiento específico pudiera ser la respuesta más natural u obvia frente al incumplimiento del deudor, es el acreedor quien se encuentra en la mejor posición para determinar si quiere o no insistir en el contrato.

Pero, ¿tiene límites este derecho de opción del acreedor? La norma del artículo 1553 no limita de manera alguna la decisión del acreedor en este ámbito, incluso si la opción por el cumplimiento específico resulta un tanto caprichosa o desproporcionada. Algunos ejemplos provienen (a veces sorprendentemente) de la realidad. En Inglaterra, en el caso *Ruxley Electronics & Construction Ltd con Forsyth*,²² el demandante (Forsyth) contrató a la empresa Ruxley para la construcción de una piscina de 2,3 metros de profundidad por la suma de £18.000. Sin embargo, Ruxley construyó la piscina con 1,8 metros de profundidad. El demandante solicita el cumplimiento forzado del contrato, con lo cual el constructor debía destruir la piscina y volver a construir con la profundidad especificada en el

¹⁹ CARTWRIGHT (2019), p. 376.

²⁰ BARROS (2007), p. 413 (“en el derecho chileno, el juez tiene una facultad prudencial para dar lugar a los apremios personales a que se refiere el artículo 1553 CC”).

²¹ PIZARRO (2008), p. 400.

²² *Ruxley Electronics & Construction Ltd con Forsyth* (1996).

contrato. El costo de esto era de £21.560, aunque no había diferencia de valor alguno entre la piscina efectivamente construida y una piscina de 2,3 metros de profundidad. Un caso similar ocurrió en Estados Unidos, en *Jacob & Youngs con Kent*.²³ El acreedor celebra un contrato para la construcción de una casa, especificando que las cañerías debían ser construidas por la empresa *Reading Iron Company* (“*Reading Pipe*”), no obstante, lo cual el constructor utiliza cañerías de una especificación distinta (“*Cohoes Pipe*”), aunque de una calidad similar. Dado que gran parte de la casa estaba terminada al advertirse este incumplimiento, el reemplazo con las cañerías adecuadas implicaría destruir gran parte de la casa.

Es posible que la respuesta intuitiva frente a estos casos sea negativa para los acreedores. Sin embargo, ambos acreedores, tanto el señor Forsyth como el señor Kent se encuentran *prima facie* en una situación tal que legítimamente podrían solicitar el cumplimiento específico de sus contratos. De hecho, podrían tener razones plausibles para solicitarlo. Quizás el señor Forsyth especificó en el contrato la profundidad de la piscina para poder hacer clavados, o el señor Kent señaló esa especificación de cañerías porque solo esa marca podía darle la seguridad suficiente. ¿Por qué habría de ser la respuesta negativa? ¿No son acaso los contratos instrumentos que precisamente permiten resguardar a las partes frente a este tipo de situaciones? Frente a una situación similar, la *Cour de cassation* de Francia en un caso también vinculado a la construcción de una piscina, ordenó su destrucción para que fuese construida de acuerdo a las especificaciones del contrato.²⁴

Quizás esta diferencia demuestra las distintas aproximaciones que existen en el *common law* y en el derecho continental respecto del cumplimiento forzado,²⁵ diferencias que se han ido relativizando el último tiempo.²⁶ Pero la pregunta es si los acreedores tienen control absoluto sobre esta decisión, o si es posible plantear algunas limitaciones al ejercicio de este derecho de opción. Un posible camino puede construirse a partir de la comprensión del derecho de opción como un derecho potestativo del acreedor, que reconoce tradicionalmente límites en cuanto a su ejercicio de mala fe, acudiendo a la figura del abuso del derecho.²⁷ La profesora Patricia López desarrolla esta idea en un excelente artículo, refiriéndose particularmente a la posibilidad de que el acreedor abuse de su derecho a exigir la ejecución forzada del contrato.²⁸ Siendo ello así, el acreedor podría libremente optar por exigir el cumplimiento forzado, a menos que su decisión tenga como único propósito perjudicar al deudor o causarle perjuicio.

Ello constituye un avance, aunque a mi juicio todavía es insuficiente. Ello por dos razones. Primero, para invocar la figura del abuso del derecho, normalmente se exige acreditar la existencia de mala fe,

²³ *Jacob & Youngs con Kent* (1921).

²⁴ *Cass civ*, 17 de noviembre de 1984.

²⁵ Sobre esto véase en general ROWAN (2012).

²⁶ Véase BAHAMONDES (2018), p. 102, aunque con referencia al derecho norteamericano.

²⁷ Una discusión similar surge de manera interesante en aquellos contratos que contienen cláusulas de terminación unilateral. SEVERIN (2020), pp. 709-729.

²⁸ LÓPEZ (2012), pp. 13-62. En el mismo sentido, PIZARRO (2018), p. 220.

esto es, que el ejercicio del derecho se realice con la intención de causar daño.²⁹ Por consiguiente, para estos efectos, lo relevante sería determinar si el acreedor opta por el cumplimiento específico con el solo propósito de perjudicar a su deudor. Ello constituye un escenario posible aunque poco habitual. Si volvemos a nuestros ejemplos anteriores, ¿se encuentra acreditado que el señor Forsyth o el señor Kent solicitaban el cumplimiento forzado con el solo propósito de causarle daño a los constructores? No resulta del todo claro, e incluso pareciera ser que no. La doctrina del abuso del derecho es insatisfactoria en este punto. En segundo lugar, el abuso del derecho no impediría al acreedor su derecho a optar por el cumplimiento forzado, sino que a lo sumo podría permitirle al deudor ejercer una acción indemnizatoria con posterioridad a la ejecución forzada del contrato.³⁰ Pero con ello tampoco se resuelve el problema de fondo: el juez no tiene facultades para reemplazar el cumplimiento específico por otro remedio (típicamente una indemnización de perjuicios). Como advierte Pizarro, en caso de advertir un ejercicio abusivo del derecho podría conducir a un rechazo de la demanda.³¹

Una línea más prometedora puede construirse a partir del artículo 1555 del Código Civil. A diferencia del artículo 1553, en esta norma que se refiere a la ejecución de las obligaciones de no hacer, se nos presenta una configuración distinta de los remedios para el acreedor.³² La norma claramente se inclina por preferir en este tipo de situaciones la indemnización de perjuicios por sobre el cumplimiento específico, el que tratándose de obligaciones de no hacer, se traduce en la destrucción de lo hecho en contravención a la obligación contraída. El acreedor aquí no puede elegir libremente por el cumplimiento específico, puesto que la norma condiciona esta posibilidad a que su destrucción sea necesaria para el objeto que se tuvo en vista al momento de la celebración del contrato. De manera interesante, ello permite descartar de inmediato la posibilidad que el acreedor quiera perjudicar a su deudor solicitando la destrucción de lo hecho o abusar de su derecho, y también excluye aquellos casos en que la decisión del acreedor es caprichosa o desproporcionada en relación a los beneficios que pueden derivarse del contrato. En este sentido, la norma podría tener una lectura desde un punto de vista económico o por consideraciones de eficiencia: No vale la pena incurrir en los gastos para la destrucción de lo hecho si los beneficios que ello acarrea no superan a los costos. Pero se puede entender también como un balance entre los intereses del acreedor y el deudor, a quien le puede resultar costoso y difícil la destrucción de lo realizado. Ello podría explicar la razón por la cual el artículo 1555 incluso le otorga al deudor la posibilidad de ofrecer una alternativa a la destrucción de lo hecho en contravención a la obligación (“si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlo”).

De lo anterior pareciera seguirse que los sistemas continentales del derecho civil tienen una ventaja respecto a los sistemas del *common law*, al favorecer los primeros el cumplimiento específico como remedio general, y concebir los segundos la indemnización de perjuicios como regla general. Es cier-

²⁹ ALESSANDRI (2005), p. 191. Ello sin perjuicio de la postura minoritaria de Pablo Rodríguez en Chile, quien sostiene que el elemento subjetivo no tiene relevancia para la procedencia del abuso del derecho. RODRÍGUEZ (1997), pp. 166-170.

³⁰ Considerando especialmente que el derecho chileno carece de una norma general que regule el abuso del derecho, y que faculte al juez para adoptar medidas conducentes a evitar el abuso del derecho.

³¹ PIZARRO (2014), p. 220.

³² Sobre esto véase en general PINO (2019), pp. 747-759.

to que en general el *common law* ha tendido a relajar las exigencias para que el cumplimiento específico sea procedente,³³ y con ello las diferencias tradicionales respecto a la materia entre ambos sistemas comienzan progresivamente a desaparecer. Sin embargo, se mantiene actualmente el carácter excepcional del cumplimiento específico en el *common law*, toda vez que el acreedor requiere probar que la indemnización de perjuicios es inadecuada para la satisfacción de su interés. Se entiende que ello ocurre en los casos de obligaciones de dar que recaen sobre bienes que son particularmente singulares o no fungibles, y en los casos en que es difícil determinar la indemnización de perjuicios. Normalmente esta preferencia ha sido explicada en términos económicos.³⁴ La preferencia del *common law* por la indemnización de perjuicios como remedio general ante el incumplimiento de contrato favorecería la eficiencia, al facilitar el quiebre eficiente del contrato, evitar litigación innecesaria y la supervisión constante de los tribunales para que se cumplan las órdenes judiciales. Sin embargo, la conclusión según la cual la indemnización de perjuicios es un remedio más eficiente que el cumplimiento específico ha sido matizada por muchos. En este sentido, se ha señalado que en los casos en los cuales el objeto del contrato versa sobre una obligación de dar una cosa que revista de una particular singularidad, el remedio más eficiente es el cumplimiento específico.³⁵ El riesgo en estos casos es que la sola indemnización de perjuicios va a compensar menos al acreedor que el cumplimiento específico, porque este no podrá encontrar en el mercado un bien equivalente que sustituya la cosa que el deudor se había obligado a dar.

Así las cosas, queda claro que el cumplimiento específico puede ser el remedio más eficiente al menos en algunos casos. Sin embargo, en otros casos hay buenas razones económicas para no decretarlo. Una excelente razón económica por la cual Lord Hoffmann justificó su decisión en el caso *Co-operative Insurance Society Ltd con Argyll Stores (Holding) Ltd* ([1998] AC 3) fue la llamada “supervisión constante”, esto es, el inútil gasto de recursos y pérdidas que significarían para el deudor cumplir un contrato de arriendo, dado que ello requeriría que el demandado opere un negocio a pérdida, y considerando además que la indemnización de perjuicios era una alternativa plausible. Notablemente, la norma del artículo 1555 del Código Civil ya mencionada anteriormente considera esto al condicionar la posibilidad que el acreedor solicite la destrucción de lo hecho en contravención a la obligación, solo en caso de que la destrucción sea “necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato”. Esta limitación establecida para el caso de la obligación de no hacer nos sugiere que la misma regla debiera ser aplicable a las obligaciones de dar y hacer. Ello sería además coherente con las tendencias actuales del derecho europeo de los contratos, que tienden a limitar la posibilidad de solicitar el cumplimiento específico del contrato en los casos en que este es desproporcionado en atención al interés del acreedor.

Los Principios Europeos del Derecho de los Contratos (PECL) consagran expresamente este límite en el artículo 9:102 (2)(b), señalando que no se decretará el cumplimiento forzado del contrato si el

³³ De acuerdo a Andrew Burrows, si bien resultaría una exageración señalar que el remedio principal en el derecho inglés actualmente sea el cumplimiento específico, es indudable que los límites tradicionales impuestos al remedio se han ido relajando. BURROWS (2019), p. 402.

³⁴ Véase v.gr. ULEN (1984), pp. 341-403.

³⁵ KRONMAN (1978), p. 357.

cumplimiento causa al deudor “esfuerzos o gastos no razonables”. Lo mismo puede apreciarse en el reformado Código Civil francés, que abandona la regla tradicional instaurada por la *Cour de cassation* en el famoso caso de la piscina (*Cass civ*, 17 de noviembre de 1984) mencionado anteriormente. El nuevo texto del Código señala en su artículo 1221 que el acreedor puede solicitar el cumplimiento en naturaleza del contrato “salvo que ello no sea posible o que el costo para el deudor sea manifiestamente desproporcionado con el beneficio para el acreedor”. En un reciente artículo, Rodrigo Momberg y Álvaro Vidal realizan una aguda crítica a la técnica de estas normas, toda vez que establecen un límite basado exclusivamente en el excesivo costo que implicaría el cumplimiento del contrato para el deudor, sin considerar el interés contractual del acreedor que debiera ser satisfecho.³⁶ Esta crítica es acertada, puesto que debe determinarse en qué circunstancias podrá considerarse “desproporcionado” el cumplimiento específico del contrato, pero aquella desproporción debiera comparar el costo que acarrea el cumplimiento forzado con la disponibilidad de otros mecanismos igualmente idóneos para la satisfacción del interés del acreedor. Como se vio anteriormente, el artículo 1555 del Código Civil invita a la realización de un cálculo de esta naturaleza. Los recientes Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos (PLDC) contemplan también una limitación en esta misma línea en su artículo 86 (2)(b), para aquellos casos en los cuales “el acreedor puede satisfacer su interés con otro medio de tutela”.

IV. LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA DEL DEUDOR

Hasta aquí, hemos avanzado para excluir aquellas hipótesis en las cuales es un tanto absurdo e innecesario exigir la ejecución del contrato, cuando existen mecanismos más idóneos para la satisfacción del interés del acreedor, o en aquellos casos en los cuales resulta económicamente desproporcionado exigir el cumplimiento forzado en razón del beneficio que se obtiene y el costo previsible para el deudor. Sin embargo, no hemos avanzado en la resolución del caso de Julio. La editorial quiere exigir el cumplimiento del contrato porque Julio se comprometió a escribir la novela, y solo el cumplimiento de esta obligación de resultado es lo que satisface su interés como acreedor. Supongamos que el beneficio esperado es altísimo -se trata de un escritor con éxito de ventas- y que no hay en el mercado escritores que puedan generar ese nivel de ganancias. Las limitaciones económicas que hemos revisado parecieran no cubrir una situación como esta.

A mi juicio, el problema aquí es de autonomía. Cuando la editorial exige cumplir el contrato, la contradicción entre la autonomía para contratar y la restricción a la autonomía de Julio para no cumplir el contrato deja de ser aparente. Diariamente celebramos contratos según nuestros gustos y preferencias, y el hecho que estos cambien no obsta a que debamos cumplir igualmente nuestros compromisos. El contrato de promesa consagra esta idea: la celebración de un contrato en que las partes se comprometen recíprocamente a la celebración de otro contrato en el futuro. Por cierto, es posible que uno de los contratantes de una promesa, por ejemplo, de compraventa de inmueble, cambie de opinión; los matrimonios a veces fracasan, se pierden los trabajos, o simplemente, los barrios pasan de moda. Sería absurdo permitirle a una de las partes retractarse por el solo hecho de haber cambia-

³⁶ MOMBERG y VIDAL (2022), p. 9.

do de opinión. La fuerza obligatoria pareciera aquí operar, como destaca Pereira, de la misma forma que una razón excluyente para cumplir el contrato, excluyendo de la decisión este tipo de razones.³⁷ Ahora bien, el contrato de promesa es un ejemplo claro en el cual las partes pueden prever que una de ellas cambie de opinión, para lo cual normalmente establecen cláusulas penales o exigen ofertas de seriedad que resuelven el problema *ex ante*. Tal vez un buen contrato entre Julio y la editorial establecería una cláusula de salida para Julio en el caso que se arrepintiere (indemnizando a la editorial por un cierto monto). Pero, ¿qué ocurre en los demás contratos en que las partes no negocian previamente cláusulas de salida?

Una primera respuesta a este problema fue desarrollada por Kimel.³⁸ Este autor sostiene que el cumplimiento específico tiene una suerte de prioridad *prima facie* respecto de los demás remedios contractuales, pero que dicha prioridad puede ser derrotada por el principio del daño de Mill, conforme al cual la imposición de coacción se justifica solo si no hay otros mecanismos menos coercitivos para que el derecho pueda alcanzar el mismo objetivo.³⁹ El argumento sostiene entonces que la indemnización de perjuicios, al ser en general un remedio menos coercitivo que el cumplimiento específico, tiende a ser la regla general. Ello permitiría justificar el carácter secundario que tendría el cumplimiento específico en el *common law*. Al mismo tiempo, esta posición también es compatible con las restricciones económicas que consideramos anteriormente, ya que el test del principio del daño de Mill aquí aplicado busca determinar que el interés del acreedor sea satisfecho con el medio menos coercitivo disponible que pueda proveer el derecho. El interés del acreedor se protege a todo evento; el punto es encontrar el mecanismo mediante el cual se pueda satisfacer el interés del acreedor sin afectar innecesariamente la autonomía del deudor.⁴⁰

Nuevamente, el ya citado artículo 1555 del Código Civil puede leerse en estos términos, con especial referencia a la posibilidad que se le otorga al deudor de satisfacer al acreedor por otros medios, los cuales serán muy probablemente, medios menos coercitivos para el deudor.

Ahora bien, la propuesta de Kimel no detalla bajo qué condiciones el acreedor podría quedar igualmente satisfecho. ¿Cómo es posible en la práctica determinar que el acreedor queda satisfecho con un remedio distinto al cumplimiento específico? ¿Se trata de un análisis de carácter objetivo o subjetivo, dependiendo en este último caso de las necesidades y sensibilidades personales de cada acreedor en particular? Tampoco resuelve el problema que nos presenta nuestro caso hipotético del escritor Julio, dado que suponemos que la editorial no puede quedar satisfecha con otro remedio que no sea la ejecución de la obra prometida.

Un paso adicional para obtener una respuesta podemos encontrarlo en el trabajo de Mindy Chen-Wishart. Esta autora señala que el derecho de contratos permite a los individuos cambiar de decisión,

³⁷ PEREIRA FREDES (2016), p. 26.

³⁸ En KIMEL (2005) capítulo 4 y KIMEL (2014).

³⁹ En KIMEL (2005), pp. 100-109. Un test similar es planteado en HODGSON (2011), p. 224.

⁴⁰ Con ello, la propuesta no estaría afecta a la crítica que formulan Momberg y Vidal a la formulación de límites económicos al cumplimiento específico que no consideran la satisfacción del interés del acreedor.

porque “el cumplimiento coaccionado de compromisos en los cuales hay arrepentimiento puede comprometer indebidamente la integridad individual, autenticidad y auto-respeto”.⁴¹ De manera convincente, Chen-Wishart sostiene que la perspectiva del derecho inglés sobre el cumplimiento específico refleja esta postura.⁴² Detengámonos en la restricción al cumplimiento específico impuesta por el derecho inglés a los contratos de servicios.⁴³ Si bien muchos de los casos podrían quedar cubiertos con el test del principio del daño de Mill que examinamos más arriba, esta perspectiva basada en la idea de protección de la autonomía del deudor permite entender de mejor forma por qué el derecho no debiera imponer el cumplimiento forzado sobre nuestro escritor Julio: se trata de decisiones que afectan sensiblemente la autonomía del deudor. Frente a ello, la satisfacción del interés del acreedor es definitivamente derrotado por razones de autonomía.⁴⁴

Bajo este prisma, la limitación ya no persigue comparar la carga impuesta al deudor con el beneficio que obtendría el acreedor, sino que limita la posibilidad de decretar el cumplimiento específico para proteger normativamente la autonomía del deudor. Ello va a tener relación directa con el tipo de obligación comprometida. Así, por ejemplo, tratándose de la compraventa de un bien raíz, hay buenas razones para ordenar la venta forzada del bien; la afectación al deudor es mínima. Sin embargo, tratándose de servicios personales, la respuesta debiera ser distinta. No debiera ordenarse el cumplimiento específico del contrato que celebra un artista para pintar un lienzo, ni el contrato de un escritor con una editorial para escribir una novela como en nuestro ejemplo. En estos casos, el remedio debiera tomar la forma de la realización por un tercero de la obra prometida, y en caso que ello no sea posible, la indemnización de perjuicios. La mayoría de los sistemas acoge esta limitación, como por ejemplo el derecho alemán (§888[3] ZPO). Los PLDC también contemplan esta limitación, al señalar que no procede la ejecución forzada del contrato cuando “signifique una afectación a la dignidad de la persona” (artículo 86 [2][c]). La protección de la dignidad del deudor puede entenderse en clave de autonomía: no debe forzarse el cumplimiento en naturaleza de los contratos cuando ello implica afectar severamente los derechos de autonomía del deudor. Por esta razón es que no debiera forzarse la ejecución del contrato de Julio. El principio de autonomía que da origen al vínculo contractual opera aquí como una razón para que, paradójicamente, el contrato no se cumpla, desafiando la comprensión estándar que tenemos de la fuerza obligatoria del contrato. El acreedor deberá quizás conformarse con la segunda o tercera opción (y no la mejor) opción a que el contrato se hubiera cumplido inicialmente.

Ahora podemos volver a las normas del ordenamiento chileno y releerlas en clave de protección de autonomía del deudor. Como ya hemos visto, las restricciones impuestas en el artículo 1555 del Código Civil al cumplimiento forzado respecto de las obligaciones de no hacer pueden comprenderse a partir de criterios de eficiencia económica. Sin embargo, bajo estos otros criterios, la norma cumple la función de equilibrar adecuadamente los intereses de ambas partes, tanto el acreedor como el deudor. El cumplimiento específico (la destrucción de lo hecho) podría ser excesivamente o costoso

⁴¹ CHEN-WISHART (2017), p. 117.

⁴² CHEN-WISHART (2017), p. 119.

⁴³ Véase más arriba nota 18 y texto que lo acompaña.

⁴⁴ Un análisis en términos similares de derrotabilidad de la pretensión de cumplimiento frente a otras consideraciones desde la perspectiva del deudor en BAHAMONDES (2018), pp. 194-206.

para el deudor, por lo cual se condiciona el cumplimiento a que la destrucción sea necesaria para el objeto que se tuvo en vista al tiempo de la celebración del contrato, y más aún, se le permite al deudor proponer otras formas distintas a la destrucción para obtener dicho objeto. ¿Por qué? Nuevamente, el legislador es cuidadoso en no afectar excesivamente al deudor en su autonomía para la ejecución del contrato.

Respecto de los artículos 1553 del Código Civil y 543 del Código de Procedimiento Civil, si bien el legislador no establece restricción alguna al cumplimiento forzado de las obligaciones de hacer, tenemos herramientas suficientes para interpretar la expresión “podrá” del artículo 543 del Código de Procedimiento Civil.⁴⁵ Si es correcta la tesis según la cual la norma establece una facultad discrecional para el tribunal de decretar los arrestos para la ejecución del hecho convenido, entonces dicha discreción puede ejercerse mediante los criterios aquí especificados. Así las cosas, el tribunal podría negarse a decretar los arrestos y apremios al deudor en aquellos casos en los cuales la ejecución del hecho convenido constituye un atentado a su autonomía. Ello ocurre en los casos de contratos por servicios personales, siguiendo los criterios del derecho inglés. Asimismo, el tribunal podría (o debería) negarse a decretar los apremios personales al deudor en aquellos casos el cumplimiento forzado no satisface el principio del daño de Mill, esto es, en situaciones en las que el interés del acreedor puede satisfacerse mediante otros remedios distintos al cumplimiento forzado.

Por cierto, lo anterior no implica un debilitamiento en la obligatoriedad del contrato, ya que si bien el cumplimiento forzado en este tipo de casos no se encontrará disponible para el acreedor, este sí tendrá a su disposición otros remedios mediante los cuales hará valer el vínculo contractual. Ello opera del mismo modo que los casos en los cuales el cumplimiento forzado no es posible, evento en el cual el acreedor no tendrá alternativa más que acudir a otro remedio contractual, normalmente la indemnización de perjuicios (también conocida como “cumplimiento por equivalencia” en este contexto).

Finalmente, respecto de las obligaciones de dar no resulta necesario imponer estas restricciones, especialmente tratándose de bienes que tienden a ser no fungibles, al ser difíciles de reemplazar. En estos casos, el cumplimiento forzado puede admitirse por cuanto en el balance de los intereses en juego prevalece el interés del acreedor, por sobre los intereses del deudor. Al encontrarse el acreedor en una situación tal que le resulta difícil encontrar un bien equivalente en el mercado, y al tratarse de una obligación de dar que no afecta especialmente la autonomía del deudor -la obligación solo requiere efectuar una transferencia de dominio al acreedor-, en general es posible admitir aquí el cumplimiento. Nuevamente nos encontramos con una feliz coincidencia con criterios económicos, los cuales favorecen en este tipo de casos el cumplimiento específico. Ello permite explicar también la razón por la cual tratándose de obligaciones dinerarias, el cumplimiento específico debiera siempre encontrarse a disposición del acreedor, por cuanto el cumplimiento de estas obligaciones no representa una intrusión significativa en la autonomía del deudor.

⁴⁵ Véase más arriba nota 19 y texto que lo acompaña.

V. CONCLUSIONES E IMPLICANCIAS

Se ha presentado una perspectiva novedosa para el ámbito de la dogmática civil chilena en torno a la protección de la autonomía del deudor como límite al ejercicio del cumplimiento forzado por parte del acreedor. Ello permite acercar las posturas tradicionalmente divergentes del *common law* con los sistemas continentales, y a la vez ajustar el derecho chileno vigente a los principales instrumentos internacionales de armonización contractual, los cuales aunque con diferentes matices, admiten estas restricciones al cumplimiento específico. Esta perspectiva permite releer el artículo 1555 del Código Civil como una norma que consagra esta racionalidad en torno a la protección de la autonomía del deudor, y que permite a la vez moderar los efectos excesivos que podría tener la ejecución de obligaciones de hacer mediante los apremios personales al deudor contemplados en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil.

Cabe advertir que esta interpretación no es excluyente respecto de otras explicaciones que puedan justificar la existencia de estas restricciones al cumplimiento específico. En este sentido, estas consideraciones pueden ser compatibles con una racionalidad económica, o con otro tipo de conceptos dogmáticos como la buena fe que pueden restringir la posibilidad para el acreedor de solicitar el cumplimiento forzado.⁴⁶

En el presente trabajo se ha analizado un aspecto en el cual el derecho protege la autonomía del deudor, considerando un balance de intereses con los del acreedor. Queda pendiente o sujeto a debate si pudiera expandirse a otro tipo de conceptos o instituciones del derecho contractual. Así, por ejemplo, podría explicarse bajo este fundamento el hecho que normalmente no se admita para el acreedor ejercer la facultad resolutoria tratándose de incumplimientos leves o no graves. ¿No podría explicarse esta restricción en razón de que hay otros mecanismos disponibles para satisfacer el interés del acreedor menos coercitivos para el deudor? O quizás esta aproximación podría otorgarle alguna racionalidad al artículo 1879 del Código Civil, el cual otorga un plazo de gracia al deudor de 24 horas para pagar el precio de la compraventa, evitando así la resolución del contrato de compraventa, aun cuando las partes pactaron expresamente el pacto comisorio calificado. Más allá de las razones históricas que pudieran explicar la norma, la protección de la autonomía del deudor (el comprador en este caso) podría constituir una promisorio manera de justificarla.

⁴⁶ VIDAL (2018), p. 204: “la incorporación del límite económico al ejercicio de la pretensión de cumplimiento específico, en último término se justificaría... en la buena fe objetiva del artículo 1546 del Código civil, como fuente de deberes de conducta que debe observar el acreedor pese a su condición de víctima del incumplimiento”.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia (2018): *El cumplimiento específico de los contratos* (Santiago de Chile, Ediciones Der).
- BARROS BOURIE, Enrique (2007): “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”, en: GUZMÁN BRITO, Alejandro (ed.), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago de Chile, Legal Publishing), pp. 406-409.
- BURROWS, Andrew (2019): *Remedies for Torts, Breach of Contract, and Equitable Wrongs* (Oxford, Oxford University Press, 3a edición).
- CARTWRIGHT, John (2019): *Introducción al derecho inglés de los contratos* (Pamplona, Aranzadi).
- CHEN-WISHART, Mindy (2017): “Specific Performance and Change of Mind”, en: VIRGO, Graham y WORTHINGTON, Sarah (eds.), *Commercial Remedies: Resolving Controversies* (Cambridge, Cambridge University Press).
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo et al. (coords.) (2017): *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* (Barcelona, Boletín Oficial del Estado).
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro (2018): *Cuestiones de derecho de contratos*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- FRIED, Charles (1996): *La obligación contractual. El contrato como promesa* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, traducción de Pablo Ruiz-Tagle y Rodrigo Correa).
- GARDNER, John (2011): “What is Tort Law For? Part 1. The Place of Corrective Justice”, en: *Law & Philosophy* N° 30, pp. 1-50.
- HODGSON, Louis-Philippe (2011): “Collective Action and Contract Rights”, *Legal Theory*, Vol. 17, pp. 209-226.
- KIMEL, Dori (2005): *From Promise to Contract. Towards a Liberal Theory of Contract* (Oxford, Hart Publishing).
- KIMEL, Dori (2014): “Promise, Contract, Personal Autonomy, and the Freedom to Change One’s Mind”, en: KLASS, Gregory et al. (eds.), *Philosophical Foundations of Contract Law* (Oxford, Oxford University Press).
- KRONMAN, Anthony (1978): “Specific Performance”, en: *The University of Chicago Law Review* Vol. 45, pp. 351-382.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2012): “El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 19, pp. 13-62.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2014): “La autonomía de la indemnización de daños en la jurisprudencia nacional reciente: ¿Un cambio de paradigma?”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, pp. 139-207.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro (2022): “Economic limits to contractual performance: from hardship to the excessive costs of specific performance”, en: *Uniform Law Review*, 2022.

- MORALES MORENO, Antonio-Manuel (2016): *Claves de la modernización del derecho de contratos* (Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez).
- PEREIRA FREDES, Esteban (2016): ¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- PINO EMHART, Alberto (2019): “Los remedios contractuales frente al incumplimiento de obligaciones de no hacer”, en: GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz et al. (eds.), *Estudios de Derecho XIV* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 747-759.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2004): “Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho* N° 31, pp. 225-237.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2007): “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”, en: GUZMÁN BRITO, Alejandro (ed.), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago de Chile, Legal Publishing), pp. 395-402.
- PIZARRO WILSON, Carlos (2018): “Notas acerca de los límites a la pretensión de cumplimiento del contrato”, en: VIDAL OLIVARES, Álvaro y MOMBERG URIBE, Rodrigo (eds.), *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato. De lo sustantivo a lo procesal* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1997): *El abuso del derecho y el abuso circunstancial* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- ROWAN, Solène (2012): *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Analysis of the Protection of Performance* (Oxford, Oxford University Press).
- RUZ LÁRTIGA, Gonzalo (2010): “El derecho a la ejecución *in natura* en el cumplimiento de las obligaciones en Chile”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Civil V* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot-Legal Publishing).
- SEVERIN FUSTER, Gonzalo (2020): “Cláusulas de terminación *ad nutum*, servicios de larga duración y buena fe objetiva”, en: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (ed.), *Estudios de Derecho Civil XV* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 709-729.
- ULEN, Thomas (1984): “The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies”, en: *Michigan Law Review* Vol. 83, pp. 341-403.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007): “El incumplimiento de las obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento”, en: GUZMÁN BRITO, Alejandro (ed.), *El Código Civil de Chile (1855-2005)* (Santiago de Chile, LexisNexis).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2008): “El cálculo de la indemnización del daño y la operación de reemplazo en la compraventa internacional”, en: Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *Colección de Estudios de Derecho Civil en homenaje a la Profesora Inés Pardo de Carvallo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2014): “La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil”, en: DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo et al. (eds.), *Estudios de Derecho de Contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento* (Santiago de Chile, Legal Publishing), pp. 229-247.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2018): “La pretensión de cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias y los costes excesivos para el deudor como límite a su ejercicio”, en: VIDAL OLIVARES, Álvaro y

MOMBERG URIBE, Rodrigo (eds.), *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato. De lo sustantivo a lo procesal* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).

Jurisprudencia citada

Jacob & Youngs v. Kent (1921): Corte de Apelaciones de Nueva York, 230 N.Y. 239 (1921).

Ruxley Electronics & Construction Ltd v Forsyth (1996): House of Lords, [1996] AC 344 (HL).

El rol y función del interés social en las Sociedades Anónimas Abiertas con estructuras concentradas de propiedad. Una propuesta dogmática

The role and function of the corporate interest in public limited companies with concentrated ownership structures. A doctrinal proposal

Luis Colman Vega

Universidad Santo Tomás, Antofagasta, Chile.

Correo electrónico: lcolman@santotomas.cl. <https://orcid.org/0000-0003-0901-3599>.

Recibido el 19/07/2021

Aceptado el 30/04/2022

Publicado el 30/06/2022

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n40-02>

RESUMEN: La sociedad anónima es un tipo social en que confluyen una multiplicidad de intereses de diversa índole y que, en virtud de la particular realidad empresarial chilena, posee una clara estructura concentrada de propiedad, cuestión que le permite a determinados accionistas hacerse con el control de la compañía y dirigirla. Como consecuencia de esto surgen los conocidos como problemas de agencia, los que afectan los intereses de los accionistas minoritarios, e incluso, de la propia sociedad. En ese contexto que el

ABSTRACT: *The public limited company is a type of company in which a multiplicity of interests of different kinds converge and which, by virtue of the particular Chilean business reality, has a clear concentrated ownership structure, which allows certain shareholders to take control of the company and manage it. As a consequence of this, what are known as agency problems arise, which affect the interests of minority shareholders and even of the company itself. It is in this context that the corporate*

interés social se ha instalado por la normativa vigente como un elemento delimitador y direccionante del actuar de la gestión social que ha servido como corrector de aquellos problemas de agencia. Sin embargo y pese a existir profusa literatura sobre su concepto, no se ha cuestionado su rol dentro del sistema de las sociedades anónimas con concentración de propiedad, como son las que abundan en el sistema corporativo nacional, de forma que, sin perjuicio de que el presente trabajo propugna una postura respecto de temas clásicos como la concepción que llena de contenido al interés social, también se aboca a otros tópicos menos tratados, como su naturaleza jurídica y función, sosteniendo al efecto que este instituto toma el lugar de un principio rector de este tipo de sociedades anónimas.

PALABRAS CLAVE: Interés social, concentración accionaria, accionista minoritario, principios del derecho.

interest has been installed by the current regulations as a delimiting and guiding element of the actions of corporate management that has served as a corrector of those problems of agency. However, despite the existence of a profuse literature on its concept, its role within the system of public limited companies with concentration of ownership, such as those that abound in the national corporate system, has not been questioned, so that, without prejudice to the fact that this work advocates a position on classic issues such as the conception that gives content to corporate interest, it also addresses other less treated topics, such as its legal nature and function, arguing that this institute takes the place of a guiding principle of this type of public limited company.

KEY WORDS: Corporate interest, shareholder concentration, minority shareholder, principles of law.

I. INTRODUCCIÓN

Ya en 1932, en su icónica obra *The modern corporation and private property*, Berle y Means reconocían que en la *public corporation*, figura asimilable a la sociedad anónima abierta (desde ahora solo SAA) nacional, confluían una amplia diversidad de intereses económicos. Logrando distinguir el de los accionistas, quienes se dividían atomizadamente la propiedad de la corporación al suministrar el capital, el de los trabajadores que crean los productos o servicios que se negocian, el de los consumidores que adquieren y dan valor a los productos de la empresa, y sobre todos ellos el de quienes controlan y detentan el poder dentro de compañía, esto es, los administradores sociales.¹ *Mutatis mutandis*, pese a las diferencias regulatorias, al alto nivel de concentración accionaria que presentan las compañías cotizadas en Chile,² y a las consecuencias que se derivan de aquellos matices estructurales, similar diagnóstico puede profesarse respecto de las SAA nacionales, en que se perciben igual multiplicidad de intereses capaces de influir, o al menos con expectativas de influencia en las decisiones de la compañía; cuestión que eventualmente podría generar diversos conflictos de intereses al interior de aquella, perturbando el devenir societario.

¹ BERLE Y MEANS (1991), p. 310.

² Estudios demuestran que en Chile el 80% de la propiedad de las SA se encuentra en manos de uno a tres accionistas. DE LA CRUZ et al (2019), p. 18; en igual término ISLAS (2011), pp. 22 - 24. Un posible motivo de esta forma de estructurarse la propiedad podría ser encontrarse en los mecanismos de protección a los accionistas, en atención a que en aquellos países en que éstos no son calificados de "buenos", la propiedad no resulta ser difuminada, sino que concentrada o extremadamente concentrada, como acontece en el caso chileno. LA PORTA et al (1999), p. 436.

En el contexto nacional, se constata el interés de dos actores principales: los accionistas, quienes buscando un rendimiento de su inversión,³ adquieren una parte de la sociedad; y los directores que, siendo elegidos por los primeros, se encargan de la gestión y administración de la compañía. Junto a los cuales se encuentra el interés de otros sujetos que la LSA⁴ considera como secundarios o que sencillamente no contempla, como es el caso de los trabajadores, de los terceros contratantes, de los consumidores, e incluso de la ciudadanía, todos los cuales forman parte importante de la realidad empresarial y sostienen posiciones que pueden, o no, ser coincidentes aquella.

Ahora bien, pese a que la LSA reconoce la existencia del interés individual de algunos de las partes anteriormente individualizadas, dicho cuerpo legal es claro en asentar que el interés que debe primar por sobre cualquier otro es el denominado como “*interés social*”; un instituto que, pese a su capital importancia, carece tanto de una definición legal como de una regulación orgánica que permita determinar su real sentido y alcance. Estas ausencias, sumadas a la manera en que se estructuran las SAA en el contexto nacional, motivan que este instituto se transforme en el objeto de estudio del presente trabajo, según se profundizará en los párrafos siguientes.

De la mano de esta realidad normativa, se encuentra una palpable cuestión económica. Como se dejó entrever, la estructura propietaria de las SAA en Chile, es por regla general de carácter concentrado, cuestión que reviste especial relevancia en materia de intereses, en primer lugar, en virtud de que los títulos de estas compañías se transan en un mercado de valores público, abierto y transparente al que pueden acceder distintos sujetos, incluso con expectativas de control; y ligado con lo anterior, no obstante existir un mercado que permite el ingreso de distintos capitales a la propiedad societaria, en Chile la concentración accionaria conlleva a que las compañías sean dirigidas por un controlador que bien podría imponer sus intereses particulares por sobre los demás. Estas consideraciones no se presentan en las SA cerradas, o en otros tipos societarios, en los que los títulos se negocian de manera privada, o simplemente no existe la posibilidad de cesión de aquellos, y, por tanto, de ingreso de intereses diversos a la figura corporativa. Finalmente, no puede ignorarse como un factor relevante de esta realidad empresarial, la importante influencia que pueden llegar a tener estas corporaciones en la vida diaria, de manera que la forma en que funcionen o la meta a la que se dirijan resulta, no solo relevante a los accionistas y directores, sino que también a toda la ciudadanía.

En razón de lo dicho, como lo revela su título, el presente estudio aborda el rol y función que adopta el interés social en las SAA de capital concentrado (también SAACC), atendida la particular forma en que estas se estructuran y su preminencia a nivel nacional. Centrándose esencialmente en propugnar que el interés social toma el papel de un principio rector de la dirección de estos tipos societarios, tendiente a encaminar el funcionamiento de la compañía a su desarrollo, pero protegiendo al mismo tiempo a los accionistas minoritarios, cuestión que va en línea con la tendencia legislativa y dogmática que pretende resguardar a los conocidos como “*débiles jurídicos*”,⁵ como lo es normativamente

³ CABANELLAS (2016), p. 79.

⁴ LEY N° 18.046, de 1981.

⁵ ISLER (2019), pp. 44 - 45.

aquel grupo accionario; procediendo luego a enunciar la función y subfunciones que se derivan del carácter de principio que se le endilga en el presente trabajo al instituto en estudio.

Para sostener esta tesis, este estudio se dividirá en cuatro apartados, los que serán tratados desde la óptica del método dogmático, acompañado del lógico-deductivo, tomando como punto de partida la desperdigada regulación sobre la materia y los principales casos relacionados a la misma. Así las cosas, el trabajo comenzará con una breve revisión de la forma en que se administra la SAA y como su estructura legal genera la posición de debilidad jurídica de los accionistas minoritarios, siguiendo con una revisión dogmática del concepto y concepciones que se han enarbolado sobre el interés social, pasando luego a tratar su naturaleza jurídica y los fundamentos del por qué se le atribuye a aquél el carácter de principio rector de este tipo de compañías, y siguiendo con un cuarto y último apartado, destinado a sistematizar las funciones del instituto en las SA. Finalmente, se culminará con las conclusiones del estudio.

II. ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y POSICIONES DE DEBILIDAD

La SA, en conformidad a lo prescrito en los arts. 1° y 3° de la LSA, y a lo dispuesto en el art. 2053 del Código Civil es un ente normativo, distinto de las partes que lo forman, con un claro origen constitutivo contractual. El aserto anterior da cuenta del acercamiento del sistema jurídico societario chileno a vertientes teóricas modernas en lo relacionado a la naturaleza jurídica de ésta,⁶ que diferencian claramente dos etapas en la vida de una SA: una de nacimiento, mediante la generación, extracto, inscripción y publicación del acto plurilateral constitutivo; y otra de funcionamiento, que da paso a una robusta estructura compuesta por distintos órganos que interactúan para la obtención de un objetivo común.⁷

En la etapa de funcionamiento de la SA, la estructura orgánica compleja que se ha formado interactúa en sinergia para generar la voluntad del ente societario, gestionar y administrar la sociedad, y fiscalizar la regularidad normativa de la misma. En este orden de ideas, la administración, se sostiene sobre las figuras del directorio y del gerente, siendo el primero el que fija, instruye y controla el cumplimiento de las políticas de la compañía,⁸ y el segundo el que encabeza la estructura burocrática destinada a ejecutar las instrucciones del primero,⁹ pesando sobre ambos los mismos deberes de acuerdo con el art. 50 de la LSA. El directorio es un órgano legal, esencial, colegiado y permanente conformado por directores nombrados conforme el art. 56 N° 3 de la LSA y arts. 70 y siguientes del RLSA, y cuya relevancia principal subyace en su deber de promover el interés social.¹⁰

⁶ A modo ilustrativo, vale tener presente que durante la evolución histórico-dogmática de la SA, se han reconocido particularmente cuatro teorías que han intentado explicar el origen de este tipo societario. La contractualista, la “unilateralista”, la institucionalista, y finalmente, la teoría del contrato plurilateral. TORRES (2018), pp. 14 – 18.

⁷ Sobre la teoría adoptada ver VÁSQUEZ (2014), pp. 150 – 152.

⁸ Inc. 1° del art. 31 de la LSA. PUGA (2013), p. 418.

⁹ CABANELLAS (2016), p. 83. En Chile el art. 49 de la LSA.

¹⁰ VÁSQUEZ (2013), p. 614.

Importante es resaltar que los acuerdos a los que arriba el directorio toman la forma de actos jurídicos unilaterales¹¹ distintos de los actos convenidos o a los que presta consentimiento la SA, adoptando en algunos casos la naturaleza de un acto jurídico unilateral preparatorio de otro bilateral, y en otros un acto jurídico unilateral *per se*.¹² Esta calificación tendrá relevancia al momento de identificar los mecanismos remediales frente a acuerdos contrarios al interés social, cuestión que sin embargo, merece un estudio separado.

Por su parte, la fiscalización de la SA, se desarrolla mediante el trabajo conjunto de diversos órganos, comenzando con los accionistas, quienes reunidos válidamente en junta ordinaria, se encargan de designar a las entidades fiscalizadoras, las que diferirán según sea la clase de SA.

La gestación de la voluntad de la SA se encuentra legalmente entregada a la junta de accionistas, “*un órgano colegial de carácter corporativo, en cuyo seno se forma y manifiesta de manera originaria la voluntad de la sociedad, a través de un proceso de deliberación y voto de los accionistas que la componen*”,¹³ que se reúne en las oportunidades, por las materias y en la forma que los arts. 56 y siguientes de la LSA, y arts. 101 y siguientes del RLSA,¹⁴ disponen.

La forma en que la junta se desenvolverá y los efectos que producirá dentro de la SA dependerá de la estructura de propiedad que adopte. De esa manera, en el caso de estructuras concentradas – como las que se presentan en la mayoría de las SAA en Chile –, los accionistas minoritarios¹⁵ se situarán en una posición desventajosa respecto de los controladores¹⁶ y de la administración; mientras que, en el caso de compañías con niveles atomizados de propiedad, dicha posición será la generalizada en los accionistas frente el directorio.¹⁷

Esta fricción genera otro tipo de problemas de agencia,¹⁸ distintos a los que ocurren en contextos de propiedad accionaria atomizada. En una realidad nacional en que las SAA presentan una concentración accionaria controlada por tres o menos accionistas, sumada a una regulación “*constitucional*” societaria, que diseña al directorio como un órgano altamente dependiente de aquellos,¹⁹ es dable

¹¹ PUGA (2013), p. 585.

¹² Ejemplo del primer tipo de actos es la hipótesis contenida en el art. 57 N° 5 de la LSA, mientras que del segundo, aquellos acuerdos destinados a adoptar decisiones de negocios, líneas de inversión, o cuestiones programáticas.

¹³ JEQUIER (2016), p. 316.

¹⁴ DECRETO SUPREMO N° 702, de 2012 del Ministerio de Hacienda.

¹⁵ Definidos en la letra d) del art. 4 bis de la LMV en base a su ausencia de control de la SA. LEY N° 18.045, de 1981.

¹⁶ Considerado en los arts. 97, 98 y 99 de la LMV, siempre en atención a la posibilidad de influencia que tiene aquél sobre la gestión social.

¹⁷ Sobre el particular cabe recordar que sea que el directorio genere actos jurídicos unilaterales finales o actos jurídicos unilaterales preparatorios de uno bilateral posterior, no existen en la legislación mecanismos jurídicos tendientes a impugnar o invalidar tales actuaciones. VÁSQUEZ (2013), p. 633. En esta misma línea, resulta pertinente agregar que en otras latitudes se ha permitido por la vía legal la impugnación de los acuerdos del ente administrador. Ese es el caso del art. 251 de la Ley de Sociedades de Capital española [REAL DECRETO LEGISLATIVO N° 1/2010 de 2010] y art. 2391 del *Codice Civile* italiano.

¹⁸ LA PORTA et al (2000), p. 3.

¹⁹ LAGOS (2011), pp. 54 – 56. En este sentido, se deduce que en Chile, el problema que surge de las SAACC y de la regulación “*constitucional*” societaria, recae en que la estructura de incentivos está configurada para que los directivos hagan prevalecer el interés

que el controlador pueda “*extraer beneficios para sí mismo en la medida que aumente el nivel de endeudamiento de la firma (...). Esto sugiere que el impacto de riesgo financiero sobre la estructura de propiedad es menor en medida que ésta se dispersa*”,²⁰ lo que implica en términos jurídicos que, en situaciones de concentración accionaria, los accionistas se encontrarían en posición desmejorada respecto del controlador y de los administradores designados en su mayoría o totalidad por aquél, quienes conociendo el estado de los negocios, pueden incurrir en este tipo de malas prácticas en el desempeño de su deber de gestión.²¹

La forma en que la LMV define a los minoritarios da cuenta del rol pasivo dentro del quehacer social al que han sido relegados.²² Esta posición de verticalidad, pese a ser una consecuencia normal y necesaria del desenvolvimiento de la SAACC, puede acarrearles manifiestos perjuicios, lo que destaca la posición de debilidad en que aquellos se encuentran.²³ Esta situación resulta similar a la acontecida en el contexto de los grupos de sociedades, respecto del cual se puede hacer un símil con la situación que enfrentan las dominadas ante instrucciones perjudiciales²⁴ dictadas por la entidad de cabecera, en donde el instituto del interés social juega un rol direccionador fundamental.²⁵

Sin perjuicio de la manifiesta posición de debilidad en la que se encuentran los minoritarios, la doctrina ha constatado que en ciertas ocasiones estos pueden abusar de su posición que, aunque escuálida, puede afectar el devenir societario, al anteponer sus intereses particulares por sobre los de la compañía.²⁶ Desde ya es menester asentar que, ante situaciones en que el grupo minoritario entorpece el devenir social por intereses discordantes con el de la compañía, el derecho no puede amparar dicha situación, de manera que no podrán respaldarse en el rol y función protector que se propugnará en estas páginas.

Este es el contexto en el cual el interés social tomará importancia en el funcionamiento de las SAACC, toda vez que aquél, actuando como un faro guía del actuar de los directores,²⁷ viene en balancear y

de los accionistas controladores por sobre el de los minoritarios. Para Islas, esta situación desmejorada se ve aminorada con la inclusión de la figura de los directores independientes, quienes podrían “controlar” a los directores no independientes. ISLAS (2011), p. 32. En contra de la real efectividad de la antedicha incorporación SALGADO (s/f), pp. 11 – 12.

²⁰ ESPINOZA (2009), p. 57.

²¹ Traducción libre de EASTERBROOK y FISCHER (1996), pp. 4 – 5.

²² La excepción a esta situación puede estar dada por los inversionistas institucionales contenidos en el art. 4 bis, literal e) de la LMV y la Norma de Carácter General Nº 410. NORMA DE CARÁCTER GENERAL Nº 410, de 2016 de la Comisión para el Mercado Financiero.

²³ En el ámbito doctrinal se encuentran a autores como ENRIQUES et al (2017), pp. 79 – 80 y CAREY (1993), p. 76; mientras que desde el jurisprudencial puede citarse al Tribunal Constitucional en su REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD (2018).

²⁴ Éstas son definidas como “*aquellos mandatos de actuación emitidas con carácter imperativo por la matriz que provocan un daño patrimonial para la filial, de modo que el administrador de ésta, actuando como un ordenado empresario, nunca las adoptaría de actuar solo en el interés de su sociedad*”. BUSTILLO (2014), p. 36.

²⁵ COLMAN (2018), p. 354.

²⁶ ALCALDE y RUTHERFORD (2018), pp. 88 – 90.

²⁷ PFEFFER (2015), p. 211.

proteger²⁸ al accionista minoritario como la parte más débil²⁹ de la relación societaria.

III. EL INTERÉS SOCIAL Y SUS CONCEPCIONES

Pese a existir claridad sobre el interés que debe regir en el seno de la SA, dirimir y reconocer cómo se conformará, o lo que es lo mismo, cuál será la concepción que lo llenará de contenido, y por concomitancia, fijará la forma en que la compañía se encaminará al cumplimiento de su objeto social, es y ha sido una de las cuestiones más debatidas en el derecho societario.³⁰ La identificación del interés que deben satisfacer los directores se ha tornado, en virtud de la gran gama de implicancias que ello acarrea, en uno de los tópicos fundamentales del derecho de sociedades, enarbolándose al respecto distintas teorías que buscan dar respuesta a dicha incógnita.

A. ¿Qué es un interés?

Desentrañar el origen jurídico y conceptual del interés social permite sentar las bases para la correcta delimitación y calificación de aquel instituto dentro del esquema y funcionamiento de la estructura societaria, particularmente dentro de la configuración de la SAACC. De tal manera, para un adecuado estudio del interés social, se requiere preliminarmente, acudir a su revisión semántica. El trasfondo de la expresión “social” se desarrollará al analizar las distintas concepciones que se han planteado sobre el instituto en análisis, siendo por tanto necesario enfrascarse en este punto en dilucidar qué se entiende por el primero de sus componentes semánticos: el “interés”.

En este sentido, desde la arista lingüística conceptual, el interés tiene dos concepciones opuestas entre sí, que se centran en criterios de índole material o jurídicos respectivamente. Así, desde la primera arista, el interés se condice con todo lo que es útil, que le signifique un bien, que satisfaga una necesidad, cause una felicidad o rechace un dolor al sujeto,³¹ centrándose en cuestiones valorativas no normativas; sin embargo, esta simpleza con que se ha entendido materialmente al interés contrasta con la profundidad que se ha dado a su tesis jurídica.

Como sintetiza Jequier,³² existen básicamente dos concepciones sobre el concepto interés jurídico. En una primera, denominada objetiva, se considera que aquél será el poder de actuar hacia el objeto de una satisfacción, siempre que este poder se encuentre reconocido por ley; con elegante simpleza Carnelutti diferencia el interés material del jurídico con el siguiente ejemplo: “*el hambre es una*

²⁸ Sobre el particular Vásquez señala que “*las normas dadas a las abiertas tienden a proteger a los inversionistas, principalmente los minoritarios, pues las [sic] conciben como un instrumento o elemento del mercado de capitales para grandes emprendimientos*”. VÁSQUEZ (2013), p. 508.

²⁹ Sobre este punto, se ha señalado que “*los sujetos débiles han de ser protegidos en su debilidad*”. FINNIS (2000), p. 315.

³⁰ JEQUIER (2016), pp. 207 – 208.

³¹ DÍEZ (1998), p. 25.

³² JEQUIER (2016), pp. 210 – 213.

necesidad; el pan es un bien; poder comer el pan, eso es un interés”.³³ Por otra parte, desde la visión subjetiva, se concibe aquel como “la apreciación de un objeto realizada por un sujeto que experimenta una necesidad con relación a un bien”,³⁴ dando cuenta que para esta vertiente el foco se encuentra en la apreciación de un bien realizada por un individuo sujeto a una necesidad que busca en definitiva satisfacer dicho requerimiento con el bien apreciado.

Finalmente, existiría una tesis intermedia, que considera el interés jurídico como el elemento relacional, a modo de puente de conexión o nexo de unión, entre la necesidad humana y el bien apto para satisfacerla, siendo necesario que confluyan tanto la apreciación subjetiva como el posicionamiento objetivo para que el interés adquiera relevancia jurídica.³⁵

La inclusión de elementos valorativos hace que, tanto la concepción subjetiva como la mixta, no puedan ser consideradas como adecuadas para efectos de entender el interés social. A mayor abundamiento, la presencia de este tipo de elementos dentro de las teorías descritas terminaría con generar un efecto expansivo y relativo del funcionamiento del interés social, toda vez que la apreciación quedaría en manos de los distintos sujetos interesados, quienes pueden variar sus valoraciones, y por tanto caer en arbitrariedades. Además, una concepción que se funde en la percepción de sujetos tiene la complejidad de terminar entorpeciendo el normal funcionamiento de la compañía, por la eventual hiperactividad de los mecanismos tutelares del mismo, lo que a la larga terminaría con desvirtuar la función del interés social.

Abonando a lo dicho, puede postularse que entre la faz vulgar y la jurídica del interés, se prefiere esta última, por cuanto dentro de la misma estructura de la norma jurídica la idea de consecuencia se presenta como un elemento gravitante,³⁶ requisito que no es posible sostener al menos de manera autónoma, por la concepción vulgar del interés, la que se limita a describir de manera amplísima, el bien u objeto de la relación jurídica. En esta línea, sólo la concepción jurídico objetiva del interés, entendido como una potestad de cumplimiento protegida o tutelada jurídicamente, explica la presencia de mecanismos o instrumentos de protección, puesto que para aquella no se concibe la idea de interés sin la de tutela, lo que permite postular que entre aquel y la herramienta de resguardo debe existir un vínculo simbiótico, mediante el cual el interés influye e interactúa con el instrumento de resguardo generado legalmente, delimitándolo y dotándolo de fundamento y sentido.

De manera sintética puede señalarse que, utilizando el ejemplo entregado por Cernelutti, la concepción vulgar identifica el interés con el bien protegido - el pan -, mientras que la visión jurídica, desde su faz objetiva, lo hace con la potestad de cumplimiento o satisfacción de la necesidad - la posibilidad de comer el pan -, lo que se concreta mediante la ejecución de los derechos contemplados explícitamente en el ordenamiento normativo o cuya existencia anterior a la escrituración es reconocida en

³³ CARNELUTTI (2004), pp. 252 - 253.

³⁴ PÉREZ (2002), pp. 29 - 30.

³⁵ JEQUIER (2016), p. 213.

³⁶ WILLIAMS (1999), p. 123.

la ley – exigir la entrega del pan pagado o reivindicarlo para el caso de que éste haya sido tomado sin título habilitante –.

En otras palabras, desde la concepción jurídica del interés, al existir un bien a proteger y una potestad que faculta al sujeto de derecho a exigir esa protección, los mecanismos o instrumentos de tutela deben construirse y configurarse en razón de esa prerrogativa o interés de protección, toda vez que, de lo contrario, serían insuficientes en el resguardo del bien, y no podrían solucionar el conflicto jurídico convocado a resolver, cuestión que atenta en contra de una de las funciones básicas del Derecho: la resolución de conflictos y la búsqueda de la paz social.³⁷ Sin querer ser redundantes, y con el solo afán de clarificar más aún el postulado, solo bajo esta concepción, se podrían diseñar mecanismos idóneos de protección al interés social, considerándolo de la forma en que se conceptualizará en los siguientes apartados.

Considerando todo lo dicho, la única tesis apta para dar efectiva funcionalidad al interés social, permitiendo cumplir con su papel direccionante, al no enfrascarse solo en el bien u objeto de la relación, sino que en la generación de mecanismos de tutela, es la visión objetiva del interés jurídico. Esto tendrá una capital importancia luego, al momento de postular el que se considera es el rol y función del interés social.

B. Distintas concepciones sobre el interés social

Habiéndose adoptado una posición en cuanto a que se entenderá como interés, así como resaltado la importancia de adoptar su faz jurídico-objetiva al momento de diseñar los distintos mecanismos de defensa de aquél, toca adentrarse en el estudio de las distintas concepciones del interés social. Desde ya se advierte que este trabajo no tiene por objeto ni pretende hacer un lato estudio o análisis respecto a las diversas posiciones que se han entablado sobre la materia, sino que más bien, se enfrascará en hacer una síntesis equilibrada sobre aquellas con tal sentar una base que permita a la postre, constatar la hipótesis central ya propuesta.

Así las cosas, la doctrina societaria, como consecuencia de las diferencias entre las tesis que colocan el énfasis en la fase contractual de la sociedad, de aquellas otras que hacen lo suyo respecto de la persona jurídica que se forma con aquel contrato, y de las implicancias consecuenciales de ambas, ha construido particularmente dos grandes posiciones sobre el concepto del interés social,³⁸ de las cuales es dable desprender a su vez, otras nuevas posiciones actualizadas al contexto jurídico y económico hoy existente.

La primera de las aludidas posiciones es la conocida como contractualista. Esta teoría, claro resabio de la concepción homónima que pretende explicar la naturaleza jurídica de la sociedad, postula que el interés social debe interpretarse bajo el prisma del instrumento contractual que le da vida a aquel-

³⁷ SQUELLA (2014), pp. 622 y 634.

³⁸ SANDOVAL (2015), pp. 531 – 532.

la, esto es, cristaliza el instituto en estudio en el interés propio de los socios, identificándolo con la ambición que tienen éstos de obtener el mayor rendimiento financiero posible en el desarrollo de la empresa,³⁹ descartándose por tanto la importancia de todo interés superior y diverso de aquella.⁴⁰

Dentro de la teoría contractualista del interés social, es posible identificar una posición que entiende aquel concepto de manera amplia, frente a otra que lo hace restringidamente. Para la primera posición, el interés social se construye con base al interés común de los socios, entendiendo que éstos poseen dos tipos de intereses: los típicos y los atípicos.⁴¹

Jequier, citando a Preite, explica que se considerarán como intereses típicos aquellos que se encuentran expresamente prescritos en la ley, como lo sería, a modo ejemplar, el interés del socio de aumentar su participación social mediante el derecho de suscripción preferente contemplado en los arts. 25, 27 y 27 C de la LSA; mientras que serían atípicos aquellos que, si bien no se encuentran respaldados directamente en una norma societaria, pueden deducirse y tutelarse gracias a los principios generales que informan el derecho privado, y en particular el de sociedades. Un ejemplo palpable de éstos puede hallarse en la pretensión de oposición que tienen los accionistas, en aquellos casos en que el órgano administrador, o incluso el mismo conjunto deliberante, adopte decisiones que eventualmente puedan vulnerar sus derechos, la ley, el acuerdo social, el orden público, la moral o las buenas costumbres.

Por su parte, la visión contractualista restrictiva del interés social propugna que éste sólo se condice con el interés común de los socios, el que es independiente del conjunto de intereses de cada uno de éstos, y que por tanto, resulta ser abstracto y único:⁴² la obtención de beneficios para estos, sin enfocarse en las pretensiones particulares que podrían derivarse de esta finalidad general.

Sea cual sea la vertiente contractualista a la que se adhiera, al tratarse las SAACC de compañías en que existen diversos intereses accionarios, con mayor y menor poder de decisión, se le critica a la tesis contractualista su visión reduccionista, al invisibilizar las diversas fuerzas opuestas que se generan hoy en el mercado financiero en el que tranzan sus títulos las sociedades de capitales. Esta posición es igualmente cuestionable por la forma en que se construye el pretendido interés de la sociedad, toda vez que no precisa el interés de qué socios debe respaldarse, descartándose expresamente aquella postura que lo ecualiza con la posición de la junta de accionistas, la que se forma en razón del principio de mayoría, dejando en una posición de indefensión a los accionistas minoritarios, quienes quedarían a merced de los accionistas mayoritarios y/o controladores en la junta de accionistas y del directorio designado por aquellos.⁴³

³⁹ VÁSQUEZ (2014), p. 138.

⁴⁰ ASCARELLI (1959), p. 243.

⁴¹ Esta distinción es realizada por Disiano Preite. Citado por JEQUIER (2016), p. 220.

⁴² ZEGERS y ARTEAGA (2004), p. 245; ALFARO (1995), pp. 54 – 62. A esta visión ha adscrito la Corte Suprema en el caso *Fontaine con Comisión para el Mercado Financiero* (2021).

⁴³ Ubilla es uno de los opositores a esta forma de entender la tesis contractualista. Al respecto sostiene que “el órgano deliberante debe abstenerse de acordar y el órgano de administración y de representación de ejecutar actos contrarios al interés social, aun

Frente a la vertiente contractualista y reconociendo las falencias de sus postulados, se erige la tesis institucionalista. Para los autores que defienden esta posición, la SA – y por extensión las SAACC – cumple una función pública dentro de la organización global económica.⁴⁴ De esta forma, para esta posición es posible identificar con meridiana claridad tres tipos de intereses: el interés público manifestado en el desarrollo de la economía nacional; su interés como organización colectiva y homogénea, núcleo concéntrico de los intereses de los accionistas y trabajadores; y el interés de los accionistas en cuanto tales,⁴⁵ debiendo la SA velar por todos y cada uno de ellos.

Teniendo en consideración que en la mayoría de los casos estas compañías no podrán resguardar todos los intereses que interactúan en ella, se han construido distintas propuestas que buscan conferir sentido a la tesis, engrandeciendo uno por sobre los demás. Es así que pueden identificarse las teorías de la *Person an sich*,⁴⁶ *Unternehmen an sich*⁴⁷ y la teoría publicista,⁴⁸ según las cuales debe privilegiarse el interés de la sociedad orgánicamente entendida, del Estado y de la comunidad en general, respectivamente. Dicho esto, se puede apreciar claramente que la tesis institucionalista posee un pecado de origen en su configuración: conceptualizar a la sociedad como un instrumento al servicio de la organización social, desatendiendo su origen privatista y su desarrollo histórico.

En razón de lo dicho y en lo que respecta al tipo social que es objeto de este estudio, podría resultar tentador adherirse a esta tesis sobre el interés social, principalmente por la relación que se destaca entre la posición institucionalista de la naturaleza jurídica de la compañía y la definición de la SA contenida en el art. 1 de la LSA. Sin embargo, considerar a las SAACC como un instrumento al servicio de un fin público resulta contrario a la estructuración legal de este tipo social y a su propio desarrollo histórico, cuestión que se desarrollará en los párrafos siguientes de este acápite.

Modernamente, como explica Sabogal, la teoría contractualista ha sido revalorizada por intermedio de la conocida como *shareholder value theory*,⁴⁹ que rescata los principios básicos de la teoría en cuestión retomando la importancia del interés lucrativo del socio o accionistas, pero reformulando el postulado desde la sola obtención de un beneficio a la creación de un mayor valor para la acción. Así, esta forma de entender el interés social coloca al socio o accionista en el centro de la actuación de los directores, tal como lo hacía su vertiente pretérita, sin embargo, trae aparejado un importante complemento que la diferencia de la teoría clásica contractualista.

cuando hayan sido aprobados por la mayoría y, por lo mismo, los administradores y representantes y las minorías, incluso terceros, podrían ejercer recursos jurisdiccionales para intentar evitar los actos dañosos al interés social". UBILLA (2003), p. 130.

⁴⁴ ALCALDE (2007), p. 32.

⁴⁵ JEQUIER (2016), p. 218.

⁴⁶ Según esta posición el interés social se traduce en el interés superior de la sociedad, el que se compone además de los intereses de los accionistas, de intereses extra societarios como podría ser la protección del bien común y la defensa del principio de autoridad. VON GIERKE (1902), pp. 32.

⁴⁷ Esta vertiente de la tesis institucionalista postulaba que las figuras societarias eran organismos utilizados por el Estado para la consecución de fines económicos ultrasocietarios, por lo que el interés social equivalía al interés general del operador estatal. RATHENAU (1917), pp. 62.

⁴⁸ Esta parte de la doctrina iguala al interés social con el interés general, esto es, con intereses públicos. DOBSON (2010), p. 59.

⁴⁹ SABOGAL (2011), p. 5.

Como postula la doctrina proveniente del *Law and Finance* se entiende que la *shareholder value theory* no solo contribuye al beneficio económico particular de los accionistas, sino que también al bienestar íntegro del ente corporativo,⁵⁰ toda vez que el incremento del valor de la acción entrega beneficios innegables a la SAACC, brindándole seguridad financiera, estabilidad laboral a los trabajadores y entregando confianza a los acreedores. No obstante lo correcto de este razonamiento, se ha cuestionado que la maximización del valor de la acción tenga efectivamente un impacto positivo real en las corporaciones.⁵¹ Constatar este hecho termina por socavar esta visión benévola de la teoría de la creación de valor, dejándola abierta a las voces que la objetan imputándole un carácter capitalista, cortoplacista, superficial, y ética y moralmente cuestionable.⁵²

Ante esta posición doctrinaria, y como una herramienta para resolver problemas e incógnitas como el sentido y fundamento de la creación de valor y la transferencia en el contexto de las SAACC, las cuestiones éticas en el capitalismo y los problemas derivados de la mentalidad empresarial de la época,⁵³ a mediados del siglo XX, y con la finalidad de ampliar el espectro más allá de la maximización del valor para el accionistas, buscando alcanzar a otros sujetos partícipes de la SAACC, surge la conocida como *stakeholder theory*.

Se ha entendido a raíz de un estudio casuístico, que esta teoría cumple diversas funciones en el entramado societario, dentro de las cuales la función normativa toma un especial lugar. La referida función implica que el directorio no debe velar solo por la obtención de ganancias para la compañía, sino que debe “generarlas mediante un adecuado y responsable sistema”,⁵⁴ incluyéndose lineamientos morales o filosóficos en el proceso de operación y administración. Bajo la perspectiva de esta teoría, esta concepción del interés social permitiría a la larga, un equitativo desarrollo al interior de la estructura societaria.

Abonan al factor beneficioso anterior, la pretendida virtud de prevenir o evitar demandas o procesos administrativos iniciados por los *stakeholders* ante una administración que adopte decisiones teniendo como único objetivo alcanzar el mayor valor de sus títulos en pos de sus accionistas.⁵⁵ Abunda a la vertiente analizada, la positiva imagen interna y externa generada producto de que las decisiones se adopten en pos de los *stakeholders*,⁵⁶ cuestión que puede ser atractivo al momento del ofrecimiento de productos al mercado, sea financiero o no.

⁵⁰ ARMOUR et al (2017), pp. 23 - 24.

⁵¹ LODERER (2010), p. 8.

⁵² KEAY (2013), pp. 39 - 41.

⁵³ FREEMAN et al (2010), pp. 4 - 6.

⁵⁴ ESPINOZA (2013), pp. 11.

⁵⁵ Lo anterior, evitaría cualquier externalidad negativa o desincentivo a terceros posibles accionistas, quienes verían como los riesgos de una demanda o de dificultades en la gobernanza se reducirían, impulsando su ingreso a la empresa. FREEMAN et al (2010), p. 96.

⁵⁶ HOSMER (1994), pp. 17 - 34.

Empero, y como acontece con las tesis institucionalistas, estos argumentos aunque llamativos a primera vista colisionan directamente con la naturaleza y el origen de las SA, pues olvida que la propiedad de la compañía le pertenece a los accionistas de ella; desatendiendo los propios cimientos históricos y jurídicos del instituto,⁵⁷ que la consideran como una herramienta jurídica creada sobre el supuesto de obtener ganancias para sus creadores;⁵⁸ soslayando además la irrefutable realidad de que la protección de estos partícipes no accionistas se encuentra asilada en sistemas jurídicos sectoriales, cuyo fundamento y génesis difiere a la del derecho civil y mercantil en general, y particularmente del derecho societario.

Como puede apreciarse, y pese a que en Chile existe un claro acercamiento a las tesis de índole contractualista, es posible presentar fuertes objeciones respecto de todas y cada una de las concepciones referidas, motivo por el cual no resulta factible pretender que una de ellas sea la que se encargue de dotar de contenido al instituto del interés social en lo que respecta a las SAACC, especialmente si la función que éste desempeña en el sistema jurídico societario reviste tan alta importancia, según se tratará más adelante.

C. El interés social que rige en la SAACC. Lo que se ha propuesto

Sin perjuicio de las objeciones desarrolladas en el acápite anterior y de la declaración final tendiente a descartar cualquiera de ellas como la concepción adecuada para llenar de contenido al interés social, es posible sostener con igual asertividad que, entre los dos grandes polos existentes sobre la materia, las tesis provenientes de la posición institucionalistas deben ser absolutamente descartadas, dado que no es posible, bajo ningún correctivo o complemento, subsanar el vicio de origen que acarrear.

Sin embargo, otra es la conclusión a la que se puede arribar respecto de su antípoda; la teoría contractualista, y su derivación moderna la *shareholder value theory*, allende todas las críticas que puedan realizarse respecto de sus imprecisiones, motivaciones o sustrato ideológico, gozan de un antecedente que irrefutablemente les favorece: es un reflejo del carácter contractual de la compañía y además, guardan concordancia - o al menos pretenden guardarla - con la función que históricamente ha sido convocada a cumplir la SAA, esto es, como ya se ha dicho más arriba, la de un instrumento de inversión para la obtención de beneficios por parte de quienes la constituyen y se adhieren luego a ella. Ahora bien, es cierto igualmente que las críticas que pesan sobre la teoría contractualista resultan ser de más compleja solución que las objeciones que se enarbolan ante su versión moderna, toda vez que aquellas apuntan a dificultades de fondo, mientras que éstas provienen, por un lado, desde el mundo de la ética empresarial más bien superficiales, y por el otro, desde el contexto jurídico, se reducen a

⁵⁷ Se identifica el origen histórico de la SA en la *societas publicanorum*, dado que en ella ya se distinguía claramente entre los administradores o *manceps*, y los socios capitalistas, *socii*, quienes junto con otros partícipes como el *magister* y los *fiadores*, se abocaban a la realización de una concesión estatal con el objetivo de obtener el mayor beneficio posible. ARIAS (1949), pp. 246 - 270. Igualmente, CÓRDOBA (2000), pp. 159 - 160. Luego, Andrades lo identifica en la Compañía holandesa de las Indias Orientales, nacida por la iniciativa privada de pequeños inversionistas que querían disputar el liderazgo comercial que en ese tiempo tenían Portugal y España, y que pese a ser apoyada por privilegios reales, no perdió su sustento privatista y lucrativo. Para ver más se recomienda: ANDRADES (2011), pp. 412 - 413.

⁵⁸ SANDOVAL (2015), pp. 478 - 480.

una supuesta ausencia de protección de quienes no son accionistas, cuestión que debe ser subsanada desde los sectores normativos respectivos.⁵⁹

Ahondando en lo anterior, es innegable que el directorio tiene como objetivo fundamental mantener al máximo posible el valor de la acción, de manera que coincidan fielmente la valorización bursátil de ésta con el valor que cabe atribuirle al patrimonio de la sociedad.⁶⁰ Así se puede desprender de la realidad legislativa que rige a la SA nacional, y en específico de los arts. 39, 42 y 54 inc. 3º de la LSA, y 78 y 79 del RLSA, conforme se explicará más adelante. En esta instancia es remarcable el art. 148 inc. 2º de la LSA, del que se puede desprender que el foco de la normativa es propender al enriquecimiento del grupo de accionista, siempre y cuando se respeten las reglas. A saber, el directorio deberá privilegiar que las oportunidades de negocio sean aprovechadas por la SA, y que con ellas se beneficie a todos los accionistas, en cuanto grupo propietario de la compañía, y solo cuando aquellas son desechadas, directa o implícitamente, se podrán ser utilizadas por aquellos particularmente.

Siguiendo esta línea, la forma en que el directorio debe propender al mantenimiento y aumento de tal valor en el tiempo no puede ni debe plasmarse en la adopción de medidas cortoplacistas ni eminentemente financieras, viéndose compelido a la toma de decisiones sustentables económicamente, puesto que, de lo contrario, la SAACC podría encontrarse con resultados positivos para hoy, pero desastrosos para mañana. Esta forma matizada de pensar la teoría de la creación de valor para el accionista, mediante la cual la salvaguarda indirecta de los intereses de los demás *stakeholder* se ve incrementada, ha sido denominada como “*the enlightened shareholder value*”⁶¹ también conocida como teoría de la creación de valor para el accionista a largo plazo. Para ésta, el órgano administrador debe buscar beneficiar a sus accionistas, construyendo vínculos confiables y duraderos con sus trabajadores, contratantes y clientes, así como con los demás partícipes, con tal de asegurar el éxito de la empresa en el tiempo.⁶² Entonces, al menos teóricamente, el director que se enfrasca en la búsqueda del interés social también propenderá a buscar el beneficio de los *non shareholders*, dado que sin su aporte la empresa no existiría ni podría obtener las riquezas que resultan ser la causa de su configuración.⁶³

Finalmente, y sin perjuicio de que se estima que la teoría del *enlightened shareholder value* es la forma correcta de comprender el interés social en la SAACC, debe rechazarse desde ya, sea cual sea la concepción que sobre aquél se adopte, la idea de que el instituto en estudio sea configurado o conceptualizado en el estatuto, ya sea por un acuerdo de la junta de accionistas o por uno del directorio. Es decir, cualquier norma estatutaria o iniciativa que pretenda definir el interés social de forma diversa

⁵⁹ Sin perjuicio de lo dicho, sustentar la tesis del *shareholder value* igualmente permite resguardar los intereses de los demás partícipes de la SAACC, al menos indirectamente. Un ejemplo de esto se observa palmariamente en el marco de una Oferta Pública de Acciones, o en los modelos de cumplimiento, que hoy en día deben incluir mecanismos de prevención de riesgos de libre competencia, del mercado de valores, de consumo, penales, entre otros.

⁶⁰ Se propugna que el sustento de esta teoría pasó de ser definido en términos de dividendos a concebirse como la forma de determinar el valor de mercado real y potencial de las empresas. HEILBRON et al (2014), p. 18.

⁶¹ JENSEN (2002), pp. 245 - 246.

⁶² KEAY (2013), p. 63.

⁶³ KEAY (2013), p. 17.

a su concepción esencial debe ser proscrita, erradicándose cualquier norma o acuerdo que incorpore algún relativismo sobre aquel. Esta prohibición se sustenta en el hecho de que el interés social es modelado por normas de orden público,⁶⁴ conforme se desprende de la interpretación conjunta de los arts. 39 y 137 de la LSA, lo que implica que su contenido se encuentra definido y delimitado por normas inamovibles por las partes o sujetos de derechos afectados por ellas,⁶⁵ alejando cualquier tipo de posibilidad de modificación antojadiza que pueda terminar perjudicando a una u otra parte de los accionistas, primigenios interesados y afectados por las decisiones sociales.

Ahondando en lo dicho, ante panoramas de concentración accionaria como el que se presenta en Chile, incurrir en este error puede llevar a la extrema, y muy posible, situación de que el interés social sea finalmente definido por el controlador, en claro desmedro de los demás accionistas, cuestión que puede ser sumamente perjudicial para aquellos que no poseen una posición gravitante en las decisiones, como es el caso de los minoritarios, especialmente si se considera la función que desempeña el interés social en la estructura societaria, la que como se insinuó previamente y se explicará a continuación, funge las veces de un faro guía para las decisiones sociales y de la SA misma.

Así las cosas, y a modo de corolario del acápite, la concepción del interés social que debe regir en las SAACC, es la del *enlightened shareholder value*, toda vez que esta posición no solo se encuadra en la configuración legal de este tipo societario, al derivarse de la tesis contractualista – posición ampliamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia nacional, según se vio – sino que también confluye íntegramente con el objetivo propio de las corporación abiertas, que es la persecución de lucro para sus partícipes, fomentando dicha búsqueda de manera sustentable y constante en el tiempo.

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL INTERÉS SOCIAL EN LAS SAACC: UN PRINCIPIO RECTOR

Ante situaciones de desequilibrio perjudicial, el Derecho se encarga de generar herramientas de protección tendientes a instaurar un balance entre los participantes de la organización jurídica; en este sentido, es dable distinguir entre mecanismos concretos e instrumentos indirectos de resguardo.⁶⁶ Entre los primeros se encuentran las diversas instituciones reguladas en el entramado normativo de un ordenamiento jurídico, a las que se les ha denominado por la doctrina de la filosofía del derecho como “reglas”.⁶⁷ Por su parte, en lo que dice relación a los instrumentos indirectos de protección, este

⁶⁴ JEQUIER (2016), p. 215.

⁶⁵ CERTAD (2008), p. 68.

⁶⁶ Así, en materia de derecho laboral y de consumo, Ghersi da cuenta de la necesidad de acudir a los principios para dar una protección plena a los débiles jurídicos, en situaciones de desigualdad normativa. GHERSI (2006), p. 5.

⁶⁷ Se utiliza la expresión regla como contraposición al concepto “principio”, entendiéndose por éste como un mandato de optimización, el cual ordena que algo se realice en la mayor medida posible, mientras que se considera a las primeras como una norma de cumplimiento pleno, la que sólo puede cumplirse o incumplirse. ATIENZA Y RUIZ (1991), p. 108. Black y Kraakman, en su estudio sobre el modelo de auto cumplimiento aplicado a países con economías emergentes, consideran que las “reglas” permitirían cumplir de manera más eficiente el objetivo del *corporate law*, esto frente a los principios o *standards*, que no entregarían respuestas claras a las problemáticas societarias. BLACK Y KRAAKMAN (1996), p. 1925. Es necesario puntualizar que la tesis de los mencionados autores no se opone, ni resulta ser un óbice para la sostenida en este trabajo, particularmente por dos motivos:

rotulo es satisfecho por los principios del derecho, normas que surgen como herramientas interpretativas de las instituciones jurídicas, por intermedio de las cuales se puede entregar solución concreta y adecuada⁶⁸ a los problemas de verticalidad perjudicial que se producen en el seno societario.

Luego, como se ha propugnado hasta aquí, el interés social se condice con la creación del mayor valor para los accionistas, mediante estrategias que no se limiten a un aumento de las utilidades, sea actual o en el corto plazo, sino que considere también la implementación de tareas que transformen dicho incremento en uno que sea sustentable, procurando dirigir el actuar de los directores hacia la obtención de dicho fin, y fungiendo por dicho intermedio un papel equilibrador de la relación corporativa.

En base a la concepción propugnada y considerando la naturaleza propia de las corporaciones, en cuanto instrumentos de inversión, puede constatarse que el interés social, si bien resulta ser independiente y autónomo del de los accionistas, se configura para el directo beneficio de todos aquellos, al destinarse al aumento del valor de sus acciones. Ahora bien, reconociendo igualmente que en el contexto nacional priman las SAACC, en que existe una estructura accionaria en la que control y propiedad tienden a confundirse, el interés social toma un importante papel, puesto que el efecto benévolo reseñado servirá de guía para que el controlador-administrador, dirija su actuar no solo para su propio interés, o el de los accionistas pertenecientes a su grupo o pacto, sino que también, y especialmente, en pos de los propietarios restantes, esto es, los minoritarios.⁶⁹

Esta forma direccionante y demarcatoria de entender el interés social, que va a través de la imposición de buscar el mayor valor sustentable para todos accionistas, permite encasillarlo dentro de la categoría de herramientas de protección del sistema de las SA, y en particular de las SAACC, bajo la etiqueta de los principios. Se arguye esta categorización, en atención a que este instituto no ha sido definido legalmente, ni tampoco encuentra una regulación orgánica en la normativa societaria, dando cuenta de ser un concepto jurídicamente indeterminado que, dada su transversalidad, trascendencia y profundidad⁷⁰ dentro de la operativa de las SAACC, no puede ser considerado tan solo como un concepto que el legislador, por olvido o elección, decidió entregar a la doctrina o jurisprudencia para

primero, pese a sus particularidades, Chile no debe ser encasillado como economía emergente, al menos desde la perspectiva de la regulación societaria; y segundo, aunque las reglas pueden evitar las interpretaciones indeseadas, la sola utilización de aquellas puede terminar puede llevar a estorbar o entorpecer el desarrollo de la actividad corporativa, y por concomitancia, afectando negativamente a los accionistas y a la compañía.

⁶⁸ CABANELLAS (1993), p. 91.

⁶⁹ Al tratar el modelo de auto cumplimiento corporativo, Black y Kraakman postulan una idea similar. Estos autores sostienen que, en países en que no existe una normativa societaria robusta que defienda a los accionistas o en que no existen tribunales preparados para tratar los complejos temas corporativos, la autoregulación de la administración, presionada mediante mecanismos como el derecho a voz, voto y veto de los accionistas, o la disposición de acciones legales extrasocietarias en beneficio de éstos o la sociedad (como sucede en Chile), logran perfilar el actuar de los administradores, erigiéndose como la mejor herramienta de protección de los accionistas. BLACK y KRAAKMAN (1996), pp. 1936-1940.

⁷⁰ Se destaca que un principio posee tres características esenciales comunes: la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad. La primera se traduce en que si dicho principio se modificase, dicho cambio tendría como efecto directo la transformación del sistema jurídico en el que se inserta. La generalidad, por su parte, se conduce con la amplitud de aplicación de la norma; mientras que la vaguedad proviene de la indeterminación semántica del principio. RUIZ (2012), p. 147. En esta línea, la doctrina positivista de los principios generales del derecho estima que aquellos “*pueden ser extraídos de ella misma [el ordenamiento jurídico] por las vías de la abstracción y la inducción*”. HÜBNER (2006), p. 160. En igual sentido DUCCI (2006), p. 153.

su definición. Enfrascarlo tan solo como un concepto indeterminado implicaría desatender la profundidad y alcances que el interés social posee, acudiendo a una “*salida fácil*” a su respecto.

Abunda a esta forma de entender al interés social, los variados puntos de semejanza que éste mantiene con el principio general del derecho (de aquí en más solo PGD) conocido como principio *favor debilis*, de orígenes pretéritos en el ordenamiento jurídico. De manera tal que se arguye que el interés societario es una manifestación del principio favorecedor del débil jurídico en el contexto del derecho de sociedades, y muy especialmente en el contexto de las SA instaladas en Chile: las SAACC. Lo anterior atendidas las características propias de este instituto y los puntos comunes que existen entre aquel y este *favor debilis*.

Para justificar esta tesis ha de acudirse, en primer lugar, a la estructura del *favor debilis* que se construye sobre la idea de la debilidad, de derecho o material, de una de las partes de la relación jurídica, y al igual que el interés social en las SA con una estructura de propiedad concentrada, se erige como un elemento balanceador de la relación entre aquellos y la parte fuerte, lo que se traduce en el caso de éste último en el equilibrio entre los accionistas minoritarios y los controladores y/o administradores, al fungir el rol de un faro guía y direccionador de su actuar.⁷¹ De esta forma, el *favor debilis* actuará en todos aquellos casos en que se generen conflictos jurídicos y una de las partes se encuentre en una relación de inferioridad respecto de las otras o no se encuentre en un pie de igualdad efectiva;⁷² es así que todas “*las expresiones de benevolencia jurídica*” traducidas en principios como el *pro operario*, *pro consumidor*, provienen del concepto global *in dubio pro debil*, o como lo conoció el derecho romano, *favor debilis*.⁷³

Este PGD aplicado al marco de las SAACC, equilibrará mediante la función metodológica de los principios, la situación de debilidad de los accionistas minoritarios frente al controlador y al directorio impuesto por aquél. Conforme a aquella función, los principios son reglas orientadoras para el conocimiento, interpretación y aplicación de las restantes normas jurídicas,⁷⁴ es así que el *favor debilis* cumple un rol hermenéutico y rector respecto del conflicto jurídico, tanto desde un sentido próximo como desde un sentido abstracto, implicando desde la perspectiva meramente contractual, una restricción a la libertad de la parte más fuerte para la determinación de la reglamentación del vínculo, compensando de esa forma el desequilibrio existente entre las partes y evitando que una de ellas prevalezca sobre la o las otras,⁷⁵ mismo papel que puede tomar en el contexto extra-

⁷¹ Como lo indican Black y Kraakman, los mecanismos de protección instalados a nivel de los accionistas resultan ser a menudo más efectivos que aquellos instaurados en el seno del directorio, aunque puedan generar mayores costos de transacción. BLACK y KRAAKMAN (1996), p. 1935. Así las cosas, el interés social considerado como una manifestación del *favor debilis*, implica precisamente construir instrumentos de protección, aunque sea indirectos, en favor de los accionistas, desde la normativa que les regula o les es atinente.

⁷² AGUILAR y NOGUEIRA (2016), p. 16. En igual sentido SCHÖTZ (2013), p. 119.

⁷³ ALFERILLO (2009), p. 970.

⁷⁴ PÉREZ (1997), 17. Este parece ser el sentido que le otorga Del Vecchio a los principios generales del Derecho, informando a las leyes vigentes, sin las cuales muchas disposiciones carecerían de sentido. DEL VECCHIO (1933), p. 66.

⁷⁵ SCHÖTZ (2013), pp. 122 - 123. Profundiza esta conclusión Vásquez, quien propugna que “[E]l *favor debilis* se activa siempre que las dudas sobre una cláusula o término contractual sean de tal entidad que las demás reglas no permitan obtener un resultado confiable, o se verifique la imposibilidad de aplicarlas al caso concreto”. VÁSQUEZ (2014), p. 160.

contractual, gracias a la conocida como función de demarcación de la responsabilidad aquiliana.⁷⁶

El *favor debilis* tiene su reflejo normativo, tanto en preceptos del ordenamiento jurídico nacional como en normas del orden jurídico internacional.⁷⁷ Respecto de los primeros existen diversas manifestaciones, siendo posible mencionar, en primer lugar, la regla interpretativa del art. 1566 inc. 1º y 2º del cc, que contienen la interpretación a favor del deudor y la interpretación en contra del estipulante.⁷⁸ Mientras que el fundamento normativo internacional se encuentra principalmente en instrumentos y convenciones internacionales sobre derechos humanos, como el art. 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas; el art. 5º numeral 2º del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, y en el art. 29 letra b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esta forma de protección se traslada al seno de las SA con estructura de propiedad concentrada, que ha de recordarse que son las que proliferan en Chile, por intermedio del interés social y su rol de principio rector del actuar del directorio, órgano administrador que en este tipo de sociedades concentradas es seleccionado y dirigido por un accionista o grupo de accionistas controladores de aquél. Es así que este instituto, que coloca el foco del devenir societario en la maximización sustentable del valor accionario para los propietarios de la compañía, se erige como un direccionador del actuar del ente de gestión, el que, bajo este esquema, en la práctica bien podría tender a satisfacer los intereses del controlador de la sociedad, desatendiendo o afectando directamente el interés jurídicamente protegido de los minoritarios, que no es otro que el de recibir los réditos de la creación de valor accionario.

Esta conmutación parece viable y de toda lógica, puesto que al constituirse el interés social, con motivo de su concepción protectora del accionista, en la base de “*un sistema protectorio a una categoría de sujetos de quienes se predica una característica general de debilidad*”⁷⁹ debe aplicarse a todos aquellos casos en que sea necesaria una interpretación normativa, dirigiéndose ésta hacia el resguardo del interés jurídicamente protegido.

Junto con este antecedente de fondo, es posible sustentar este razonamiento en el marco jurídico en que se desarrolla el conflicto en cuestión; como se dijo el *favor debilis* posiciona su ambiente de protección más bien en el contexto contractual, aunque igualmente puede desempeñarse en otros contextos organizacionales, pues bien las sociedades y especialmente las SA, tienen la particularidad de gozar de una naturaleza ambivalente que se origina en un contrato, el que se ha entendido que

⁷⁶ Esta función trata de establecer una delimitación de fronteras entre los ámbitos de libertad de actuación y aquellos otros en que se otorga una cierta dosis de protección a determinados bienes e intereses. DIEZ-PICAZO (1999), p. 43.

⁷⁷ Alcalde señala que se hace necesario “*precisar que los principios generales del derecho tienen, ‘per se’, un determinado valor normativo, en cuanto conllevan la idea de un criterio de actuación jurídicamente lícita y, por ende, podemos afirmar con propiedad que ellos son Derecho*”. ALCALDE (2016), p. 41. No es obstáculo para esta conclusión que el cc de Chile no haya seguido en este punto al cc Sardo de 1837, el que sí influenció a la mayoría de los códigos de Latinoamérica y que en definitiva hicieron alguna referencia a ellos. GUZMÁN (2014), pp. 265 – 271.

⁷⁸ LÓPEZ (2010), pp. 404 – 405.

⁷⁹ SCHÖTZ (2013), p. 121.

es plurilateral y de organización, del que surge un sujeto de derecho distinto de las personas que otorgaron dicha convención.⁸⁰ De tal manera, este principio podría aplicarse fácilmente a todos los negocios jurídicos antedichos, es decir al acto constitutivo y los demás actos desarrollados durante la vida social, sea como inspirador del actuar de los administradores, como límite de acción o, incluso, como elemento interpretativo de las decisiones alcanzadas.

Ahora bien, no puede negarse que esta naturaleza jurídica proteccional que se le atribuye al interés social posee limitaciones, o más bien delimitaciones, provenientes de la legislación o de la dogmática. Precisamente, la ausencia de un carácter absoluto, revalida la noción de que el interés social posea la naturaleza de principio, por cuanto, como constata Alexy los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes y reales.⁸¹ Es decir, que los principios se extienden como normas que pueden verse definidas en sus deslindes por la legislación vigente o por las instituciones generadas por la actividad judicial o doctrinal.

Una delimitación de este tipo podría profesarse respecto del instituto del derecho de exclusión de accionistas residuales luego de una oferta pública de acciones o *squeeze out*, regulado en el art. 71 bis de la LSA, puesto que a simple vista le conferiría al controlador de la compañía a forzar la compra de las acciones de los minoritarios, quienes perderán a toda costa la calidad de accionista, recibiendo voluntaria o forzosamente el pago por la cesión de su propiedad. Respecta de esta figura pueden realizarse diversos comentarios, en primer lugar, el *squeeze out* es un derecho que opera bajo condiciones predeterminadas muy específicas que lo hacen excepcional dentro de la estructura societaria, y que, en segundo lugar, se construye sobre la base de que se contemple dicha posibilidad dentro de los estatutos, de forma que los accionistas al momento de suscribir la adquisición de acciones aceptan expresamente la posibilidad de que sean expropiados de su calidad de accionistas.⁸² Finalmente, este carácter excepcional, encaja perfectamente con la posición de mandato de optimización que tienen los principios, puesto que el interés social - maximizador sustentable de valor para los accionistas - como un principio rector del actuar del órgano gestor, que busca equilibrar la situación de debilidad en que se encuentran los minoritarios, se vería delimitado por este derecho excepcionalísimo de los controladores, siempre en vista de la generación del mayor valor accionario.

Hasta ahora, ante la inexistencia de una determinación sobre la naturaleza jurídica que pueda revestir el interés social, se ha sustentado, que aquel se concibe como un concepto jurídicamente indeterminado, desconociéndose la profundidad y alcance que éste mantiene en el derecho societario, pero especialmente en las SAACC nacionales. En atención a ello, se ha sustentado que, en virtud de la

⁸⁰ SANDOVAL (2015), pp. 329 – 330. Vásquez señala que “la sociedad configura un organismo investido de personalidad y voluntad propia, lo que importa un verdadero centro de imputación de derechos y obligaciones que tiene un fin social que predomina los intereses individuales de los socios”, agregando luego que “en este sentido, las cláusulas estatutarias se entenderían como simples medios para la consecución del interés social”. VÁSQUEZ (2014), pp. 115 – 116.

⁸¹ ALEXY (1993), p. 86.

⁸² Como precisa Puga, este derecho es tan excepcional que, de querer incluirse en los estatutos durante la vigencia de la sociedad, deberá procederse a una modificación de los mismos, lo que implica proceder a una junta extraordinaria de accionistas (art. 57 LSA) y alcanzarse un quórum reforzado de a lo menos 2/3 de las acciones emitidas con derecho a voto (arts. 67 N° 15 y 71 bis LSA). PUGA (2013), p. 283.

transversalidad y trascendencia que la regulación de la LSA le ha conferido al instituto, y a los puntos de coincidencia constatados entre el interés social y el *favor debilis*, aquel toma el lugar de un principio rector de las SAACC. Sin embargo, existe otra motivación tanto o más gravitante para propugnar el aserto anterior, la que por su importancia se tratará en el siguiente apartado.

V. LA FUNCIÓN DEL INTERÉS SOCIAL EN LAS SAACC

El interés social, analizado desde la faz jurídico-objetiva,⁸³ esto es, no solo identificado con el bien protegido, sino que relacionado con los instrumentos de protección que se generen para tutelar dicho bien, y considerado como una manifestación del *favor debilis* dentro de las SAACC, juega un importante papel en el devenir societario, puesto que a través de los distintos roles que desempeña en su calidad de principio, y que se desprenden de la normativa vigente, entrega una protección, al menos indirecta, a los accionistas minoritarios.

De esa forma, el interés social juega un papel metodológico⁸⁴ dentro de la operativa societaria, posicionándose como regla orientadora para el conocimiento, interpretación y aplicación de las demás normas jurídicas, y por concomitancia, para el actuar de los agentes obligados a observarlas. De esta función, se derivan dos subfunciones propias de aquella, ambas respaldadas normativamente, las que cabe advertir serán desarrolladas brevemente para dar sustento al carácter de principio que se le asigna al interés social, y que atendida su importancia y profundidad, serán desarrolladas en un trabajo posterior que se enfrasque solo en ellas. La primera de éstas (rectora) implica que el concepto en estudio, atendido su contenido y conceptualización, toma un rol directivo de la estructura social y de quienes la administran; mientras que la segunda (hermenéutica),⁸⁵ en virtud de los efectos y consecuencias de la primera subfunción, se plasmará como un demarcador y limitante del actuar del directorio y del gerente de la SA, fungiendo las veces de un prisma a través del cual aquellos órganos directivos y de gestión deberán desempeñar las funciones propias de su cargo.

Ahondando en la primera subfunción - esto es la rectora - el hecho de considerar el interés social como la creación de valor para el accionistas con miras a largo plazo y al concordarlo con otros el-

⁸³ Es gracias a esta forma de apreciar el concepto interés, que se puede entender la clara vinculación entre el interés social y sus idóneos mecanismos de protección derivados de las subfunciones que se revisarán. De lo contrario, esto es, de entender el interés desde su faz vulgar, la idoneidad de la protección no sería un elemento preponderante, y podrían incluirse sanciones legales que no se conecten con la idea de maximización del valor de manera sostenida en el tiempo en que se traduce el instituto en estudio.

⁸⁴ Recientemente se ha postulado por Díaz y Manterola, que el interés social fungiría, en el contexto del contrato de sociedad y de la sociedad anónima, la función que la buena fe ejerce en el contexto de los contratos en general. DÍAZ Y MANTEROLA (2020), pp. 243 - 274. Al hacer esto, los autores, al menos implícitamente, le confieren el carácter de principio al interés social, esto al ecualizarlo con la buena fe, sin embargo se considera que esa analogía implicaría restringir en cierta medida el instituto en estudio, puesto que en los términos que la desarrollan, se asentaría solamente en la etapa u operatividad contractual de la sociedad, lo que excluiría su aplicación de la etapa netamente relacional de la figura societaria. Lo que se ve reforzado desde la perspectiva de este trabajo, que se asila a la teoría del *enlightened shareholder value*, vertiente que como se vio, si bien se estructura en base al contrato de sociedad, logra dividir claramente la faz contractual de la SA y la faz funcional, en que el contrato o deja de existir o simplemente queda en suspenso, dando paso a una vida corporativa del ente jurídico; etapa en la que el interés social toma mayor importancia aún.

⁸⁵ Sobre el particular ver COLMAN (2018), p. 363.

ementos de la estructura societaria, como el objeto y la causa del contrato de sociedad, permiten reinterpretarlo, como un faro guía que debe ser obedecido por la administración de la SAACC, según se indicó más arriba, transformándose en una directriz de funcionamiento insoslayable dentro de la organización,⁸⁶ evitando de esa manera que el controlador y sus directores puedan perseguir sus intereses particulares en desmedro del de los demás accionistas que no poseen posiciones accionarias relevantes, como lo son los minoritarios.

La LSA se encarga de imponer este tipo de lineamientos por medio de la implementación de los gobiernos corporativos y de deberes fiduciarios.⁸⁷ Estos últimos han sido definidos como “*deberes generales que los administradores deben observar necesariamente a modo de parámetros indispensables de gestión*”,⁸⁸ y son regulados inorgánicamente, entre otras normas, en los arts. 39, 41 y 42 de la LSA y art. 78 y 79 del RLSA. De este conjunto de preceptos se constata y desprende que los directores deben regirse principalmente por deberes generales de conducta, derivados del rol fiduciario que representan para los propietarios de la SA, en especial de la SAA, y que se encargan de imponer al directorio un régimen de responsabilidad más intenso que el derivado de las relaciones meramente contractuales.

Los deberes fiduciarios han sido sistematizados doctrinariamente⁸⁹ en dos grandes grupos: por un lado se encuentra el deber de diligencia, contenido principalmente en el art. 41 de la LSA y en el art. 78 del RLSA, y que en breves palabras dice relación con la imposición de un estándar de cuidado al que los directores deben apegarse en el desempeño de su función administrativa de forma que, para el caso de que uno o más de los administradores se alejen de aquel modelo de conducta, resulten responsables⁹⁰ de los perjuicios generados por dicho comportamiento. De esta manera, ese estándar se transforma en un criterio de asignación de riesgos, por intermedio del cual se imputan al agente dañoso las consecuencias lesivas derivada de los riesgos de su actividad, y a la víctima los perjuicios generados por su exposición riesgosa o negligencia.⁹¹

Por su parte, el deber de lealtad, contenido fundamentalmente en el inc. 3° del art. 39 de la LSA, implica que las decisiones y actuaciones que adopte o que promueva la administración, *motu proprio* o impulsado por el o los accionistas controladores, no pueden perjudicar actual o potencialmente a los

⁸⁶ Una visión similar en MORENO (2018), p. 330.

⁸⁷ Sobre el particular Puga complementa que el deber de los directores, en cuanto *nomen generale*, se condice con la obtención del “*interés de la sociedad, pero sin perder de vista que la sociedad es un instrumento que existe en beneficio fundamentalmente de los accionistas y, por tanto, el directorio más allá de velar por el interés inmediato de la sociedad, debe velar por el interés mediato de la generalidad de los accionistas*”. PUGA (2013), p. 482.

⁸⁸ JEQUIER (2016), p. 268.

⁸⁹ VÁSQUEZ (2013), pp. 641 y ss.; ALCALDE (2007), p. 73; CAREY (1993), pp. 137 y ss.; JEQUIER (2016), pp. 272 y ss.

⁹⁰ Para Jequier el examen de la diligencia tiene que enfocarse en un análisis objetivo del director, el cual debe ceñirse al estándar descrito en los arts. 41 de la LSA y 78 del RLSA, complementado por una revisión de la experiencia y particulares características, capacidades y habilidades del director en el caso concreto. JEQUIER (2016), pp. 285 - 286. Barros explica esta aparente oposición entre un análisis objetivo y concreto, indicando que “[L]a apreciación en concreto de las circunstancias de la conducta no se opone a la abstracción del patrón de cuidado, porque no se trata de definir qué se puede esperar de una persona en particular, considerando sus capacidades y aptitudes, sino de definir el comportamiento que se puede esperar de una persona razonable y diligente en esas mismas circunstancias”. BARROS (2006), p. 85.

⁹¹ AEDO (2014), p. 715.

demás accionistas con motivo de satisfacer sus intereses particulares, debiendo anteponer a aquellos el interés social.⁹² Es decir, el deber de lealtad se descompone en dos tipos de deberes, uno positivo, tendiente a propender el respeto del interés social y el cumplimiento del objeto social, en los términos del art. 40 inc. 1º de la LSA, y otros negativos o restrictivos, entre los cuales se identifica la proscripción de los conflictos de intereses, regulada en el 146 y ss. del mismo cuerpo normativo,⁹³ preceptos que por su importancia y amplitud sirven de base para la subfunción que se pasará a desarrollar.

En cuanto a la segunda subfunción del interés social, nominada como hermenéutica, es posible señalar como punto de partida que su recepción normativa se encuentra en dos grupos de preceptos. En primer lugar, en los ya citados arts. 146 y ss. de la LSA, que regulan la restricción transversal para los directores de ejecutar o celebrar actos o acuerdos con partes relacionadas, y en segundo lugar, en el art. 42 del mismo cuerpo legal, que contiene una serie de prohibiciones absolutas relacionadas con la forma de actuar de aquellos que componen el órgano directivo; articulado al que debe sumarse el art. 79 del RLSA que complementa y clarifica aún más el carácter demarcador del actuar del directorio.

En cuanto al primer grupo de normas, sin adentrarse en el fondo de los conocidos como conflictos de intereses, vale señalar que la LSA regula en su art. 147 el procedimiento a seguir cuando en una transacción, el director o alguna de sus personas relacionadas tengan interés, estableciéndose un alto estándar de exigencia al comportamiento de aquellos, y por dicho intermedio, delimitando su ámbito de actuación e impulsándolo por una vía determinada, en búsqueda de dar prioridad y resguardo al interés social.

La importancia de esto recae en que la sanción legal ante esta situación no es la nulidad del acto, sino que recae en una respuesta de índole reparatoria, mediante la acción indemnización⁹⁴ o de reembolso.⁹⁵ Tal circunstancia importa para efectos de esta subfunción, toda vez que a los directores se les hace extensiva la función de demarcación propia del sistema aquiliano de responsabilidad, el que traza fronteras de delimitación entre los ámbitos de libertad de actuación y la protección de determinados bienes e intereses.⁹⁶ Esto se traduce en que a través de la restricción de operaciones con partes relacionadas, el ámbito de libertad propio de los directores es delimitado por el deber de respeto y preferencia del interés social, encaminándolo hacia la consecución de aquél.

Una segunda manifestación de esta subfunción se encuentra en el art. 42 de la LSA, ya enunciado. En dicho contexto, el interés social se presenta como un delimitador del actuar de aquellos, particularmente en los numerales 1º, 6º y 7º del precepto, de los cuales se desprende que el interés social, se

⁹² ALCALDE (2013), p. 161; VIDAL (2005), p. 751. Igualmente, la Corte Suprema ha precisado que el deber de lealtad implica una prohibición de usar la posición de director para obtener beneficios para sí, o para personas relacionadas, en perjuicio de la sociedad. *Sepúlveda y otros con Comisión para el Mercado Financiero* (2020); *Mosa y otros con Comisión para el Mercado Financiero* (2021).

⁹³ Ver ZEGERS y ARTEAGA (2004), p. 250.

⁹⁴ JEQUIER (2016), p. 280.

⁹⁵ ALCALDE (2013), p. 266.

⁹⁶ DÍEZ-PICAZO (1999), p. 43.

presenta como un límite del actuar de los directores, impidiendo que estos realicen actos personales, o incluso como órgano, que perjudique aquel instituto. Este precepto se ve complementado por la primera parte del art. 79 del RLSA, el que con claridad reafirma las normas de la ley, y la función hermenéutica del interés social.

Así las cosas, frente a los problemas de agencia propios de las SAACC, esto es, las fricciones generadas entre los accionistas controladores y la administración designada por ellos con los accionistas minoritarios, considerar el interés social no tan solo como un concepto indeterminado sin contenido claro, sino que con una naturaleza, rol y función concreta, se erige como una herramienta indirecta y programática de protección a aquella parte débil de la relación corporativa nacional. Las subfunciones rectora y hermenéutica de este principio del derecho societario, permite direccionar y regular la conducta de la administración, aminorando los efectos negativos de la alta dependencia que el sistema “constitucional” societario nacional ha creado entre el directorio y los accionistas controladores.

V. CONCLUSIÓN

Dada la particular estructura económica de las compañías cotizadas en Chile, las SAA tienden a evidenciar ostensibles concentraciones accionarias, y por concomitancia, de poder al interior de la administración de la empresa. Esta circunstancia, sumada a la configuración legal de este tipo societario, permiten presenciar manifiestas afectaciones a los accionistas minoritarios, producto de la búsqueda preminente de los intereses del controlador por parte del directorio, incluso por sobre la persecución del interés social.

En ese contexto, siendo que por disposición legal el interés social es el que debe ser promovido y perseguido por el directorio en las SA, su correcta conceptualización y calificación resulta del todo relevante; y es más relevante aún en las SAACC, en que del modo en que se manejen los intereses puede depender si los accionistas minoritarios resultan perjudicados o no. De esa forma, si bien la doctrina, mayoritariamente, se ha enfrascado en develar el concepto y contenido propio del interés social, salvo algunos notables esfuerzos actuales, no se ha dedicado a considerar las consecuencias derivadas de aquella definición, como tampoco le ha proporcionado igual espacio a la calificación que ha de tener aquél, limitándose a catalogarlo como un concepto jurídicamente indeterminado, sin tomar una posición clara sobre el mismo.

Así las cosas, de una revisión del tratamiento legal que se le ha entregado al interés social, sumado a la función económica de la SA y su origen histórico, se constata que en Chile y en las SAACC, la concepción más adecuada para llenar de contenido a este instituto es la de la maximización sustentable del valor para el accionista o *enlightened shareholder value theory*. Luego, es igualmente importante remarcar que la legislación impone a los directores el deber de actuar con miras al interés social, posicionándose aquel como un foco que ilumina el comportamiento del directorio, dirigiendo sus decisiones y limitando su ámbito de libertades en pos de los accionistas.

Concordando lo anterior con la posición de debilidad en la que se encuentran los accionistas minoritarios dentro de las SA, y en especial en las abiertas con estructuras de propiedad concentradas, es posible derivar que el interés social toma el papel de un elemento equilibrador de sus relaciones jurídicas internas, buscando priorizar la posición del accionista minoritario en cuanto parte débil de aquella vinculación. En base a esto, y al papel de faro guía del actuar del directorio que la LSA le asigna, se propugna que este instituto desempeña una función metodológica, cuestión que consecuentemente lo acerca al principio *favor debilis*, siendo un reflejo de aquel en el seno de la SAACC, cuestión que permite asentar que su naturaleza jurídica es la de un principio rector dentro de aquella.

De esta forma, y desde la perspectiva dogmática, como fue la planteada desde un comienzo en este trabajo, se considera que las subfunciones rectora y hermenéutica, sumadas a la concepción de interés aceptada, esto es, la jurídica objetiva, dan cuenta de que el principio del interés social se perfila como un modelador del actuar del directorio en las SAACC desde dos frentes. Por un lado, desde una arista positiva, mediante la imposición de deberes fiduciarios que fuerzan a los directores a alcanzar el interés social por sobre el propio y el de terceros, y luego, desde una faz negativa, mediante la prohibición de desarrollar actos que entren en conflicto con los intereses sociales, así como por intermedio del establecimiento de prohibiciones que directamente restrinjan todo acto que no mire al interés social como objetivo fundamental.

Finalmente, y aunque este estudio se abocó a la función del interés social en las SAACC – figura societaria con una estructura definida y especial –, dada la realidad económica nacional, y sin perjuicio de ser necesario un estudio particular, se considera que no existiría impedimento para que se aplicasen estas conclusiones a otros tipos societarios, como las sociedades anónimas cerradas, especiales e incluso a las empresas estatales. Pero como se dijo, eso debe ser parte de un estudio particular que permita contrastar o rechazar esas tentadoras hipótesis.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- AEDO BARRENA, Cristián (2014): “El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 41 núm. 2).
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2016): “El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa”, en: *Revista de Derecho Público* (vol. 84).
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2007): *La sociedad anónima: autonomía privada, interés social y conflicto de interés* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2013): *La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas. Responsabilidad civil y penal administrativa* (Santiago, Ediciones UC).
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2016): *Principios generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno* (Santiago, Ediciones UC).

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique y RUTHERFORD PARENTTI, Romy (2018): “El abuso de la minoría en la sociedad anónima”, en: *Actualidad Jurídica* (núm. 38).
- ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ALFARO AGUILA-REAL, Jesús (1995): *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*. (Madrid, Civitas).
- ALFERILLO, Pascual (2009): “La función del juez en la aplicación de la ley de defensa del consumidor”, en: *Revista Jurídica Argentina La Ley* (D).
- ANDRADES RIVAS, Eduardo (2011): “La sociedad anónima en la tradición jurídica hispano-indiana”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (núm. 33).
- ARIAS BONET, Juan (1949): “societas publicanorum”, en: *Anuario de historia del derecho español* (núm. 19).
- ARMOUR, John et al. (2017): “What is corporate law?”, en: KRAAKMAN, Reiner et al, *The anatomy of corporate law. A comparative and functional approach*, 3° edición (Oxford, Oxford University Press).
- ASCARELLI, Tullio (1959): *Problemi Giuridici* (Milan, Giuffrè), t. I.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y RUIZ NAVARRO, Juan (1991): “Sobre principios y reglas”, en: *DOXA: cuadernos de filosofía del derecho* (núm. 10).
- BERLE, Adolf y MEANS, Gardiner (1991): *The modern corporation and private property*, 2° edición (New Brunswick, Transaction Publishers).
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 1° edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BLACK, Bernard y KRAAKMAN Reiner (1996): “A self-enforcing model of corporate law”, en: *Harvard Law Review* (núm. 109).
- BUSTILLO TEJEDOR, Luis (2014): “Los grupos de sociedades” en: *Cuaderno de derecho y comercio* (núm. 62).
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (1993): *Derecho societario. Parte general. Introducción al Derecho societario* (Buenos Aires, Editorial Heliasta), t. I.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (2016): *Derecho societario. Parte especial. Sociedades anónimas. conceptos fundamentales. Constitución, cambios estructurales, disolución y liquidación* (Buenos Aires, Editorial Heliasta) t. XV.
- CAREY BUSTAMANTE, Guillermo (1993): *De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores*, 2° edición (Santiago, Editorial Universitaria).
- CARNELUTTI, Francesco (2004): *Teoría del Falso. El daño y el Delito* (Buenos Aires, Librería El Foro).
- CERTAD MAROTO, Gastón (2008): “Derecho societario y normas de orden público”, en: *Revista de ciencias jurídicas* (núm. 117).
- COLMAN VEGA, Luis (2018): “El interés social y la protección de los accionistas minoritarios en el derecho de grupo de sociedades”, en: CARVAJAL, Lorena y TOSO, Ángela (editoras), *Estudios de derecho comercial* (Santiago: Thomson Reuters).
- CÓRDOBA ACOSTA, Pablo (2000): “La autonomía privada, el gobierno societario y el derecho de sociedades. Visión general”, en: *Revista de derecho privado* (núm. 6).
- DE LA CRUZ, Adriana; MEDINA, Alejandra y TANG, Yung (2019): “Owners of the World’s Listed Companies”, OECD Capital Market Series. Disponible en: <http://www.oecd.org/corporate/Owners-of-the-Worlds-Listed-Companies.htm>. Fecha de consulta: 27 de diciembre de 2020.
- DEL VECCHIO, Giorgio (1933): *Los principios generales del Derecho* (Traducc. de Juan Ossorio Morales, Barcelona, Librería Bosch).

- DÍAZ VILLALOBOS, José y MANTEROLA DOMÍNGUEZ, Pablo (2020): “Buena fe e interés social: una aproximación a los límites de la actuación del controlador en la junta de accionistas de la sociedad anónima”, en: ARANCIBIA, Jaime (editor), *La buena fe y el Derecho: Estudios en homenaje a los 30 años de la facultad de derecho de la Universidad de los Andes (Chile)* (Santiago, Tirant lo Blanc).
- DÍEZ SCHWERTER, José (1998): *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1999): *Derecho de daños* (Madrid, Civitas).
- DOBSON, Juan (2010): *Interés societario* (Buenos Aires, Astrea).
- DUCCI CLARO, Carlos (2006): *Interpretación jurídica*, 3° edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- EASTERBROOK, Frank; FISCHER, Daniel (1996): *The economic structure of corporate law*. (Cambridge, Harvard University Press).
- ENRIQUES, Luca et al (2017): “The basic governance structure: minority shareholders and non-shareholder constituencies”, en: KRAAKMAN, Reiner et al, *The anatomy of corporate law*, 3° edición (Oxford, Oxford University Press).
- ESPINOZA MÉNDEZ, Christian (2009): “Estructura de propiedad y desempeño de la firma: el caso chileno”, en: *Academia, Revista Latinoamericana de Administración* (núm. 43).
- ESPINOZA CARRO, Gabriel (2013): “El interés social ante la responsabilidad social empresarial”, en: *Revista Jurídica IUS Doctrina* (núm. 9). Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/13573/12861>. Fecha de consulta: 11 de agosto del 2017.
- FINNIS, John (2000): *Ley natural y Derechos naturales* (traducc. Cristóbal Orrego Sánchez, Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- FREEMAN, Edward et al (2010): *Stakeholder Theory. The State of the art* (Cambridge, Cambridge University Press).
- GHERSI, Carlos (2006): “¿Cómo juegan las presunciones a favor del más débil? Derecho del trabajo. Derecho del Consumidor”. Disponible en: <http://www.elnuevoocentro.com.ar/news/new1/gheresi.pdf>. Fecha de consulta: 25 de noviembre del 2017.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014): *El origen y la expansión de la idea de principio del derecho* (Santiago, Thomson Reuters).
- HEILBRON, Johan; VERHEUL, Jochem y QUAK, Sander (2014): “The origins and early diffusion of ‘shareholder value’ in the United States”, en: *Theory and society* (vol. 43, núm. 1). Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s11186-013-9205-0>. Fecha de consulta: 8 de junio del 2018.
- HOSMER, LaRue (1994): “Strategic planning as if ethics mattered”, en: *Strategic Management Journal* (núm. 15).
- HÜBNER GALLO, Jorge (2006): *Introducción al Derecho*, 7° edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ISLAS ROJAS, Gonzalo (2011): “Gobierno corporativo: teoría económica, principios de la OCDE y la Ley N° 20.382”, en: WILENMANN, Javier (editor), *Gobiernos corporativos. Aspectos esenciales de las reformas a su regulación* (Santiago, Legal Publishing).
- ISLER SOTO, Erika (2019): “Del favor debilis al favor consumatore: consideraciones históricas”, en: *Revista de la Facultad de Derecho* (núm. 82).
- JENSEN, Michael (2002) “Value Maximization, Stakeholder theory, and the Corporate Objective Function”, en: *Business Ethics Quarterly* (vol. 12, núm. 2).
- JEQUIER LEHUEDE, Eduardo (2016): *Curso de derecho comercial*, 1° edición (Santiago, Thomson Reuters), t. II. vol. II.

- KEY, Andreaw (2013): *The enlightened shareholders value principle and corporate governance* (Oxon, Routledge).
- LAGOS VILLARROEL, Osvaldo (2011); “Reformas al gobierno de las sociedades contenida en la Ley N° 20.382. Un gesto al equilibrio”, en: WILENMANN, Javier (editor), *Gobiernos corporativos. Aspectos esenciales de las reformas a su regulación* (Santiago, Legal Publishing).
- LA PORTA, Rafael; LOPEZ DE SILANES, Florencio y SHLEIFER, Andrei (1999): “Corporate Ownership Around the World”, en: *The Journal of Finance* (vol. 56, núm. 2).
- LA PORTA, Rafael et al (2000): “Agency problems and dividend policies around the world”, en: *The Journal of Finance* (vol. 55, núm. 1).
- LODERER, Claudio et al (2010): “Shareholder value: principles, declarations, and actions”, en: *Financial Management* (vol. 39, núm. 1).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010): *Los contratos. Parte general*, 5° edición (Santiago, Abeledo Perrot).
- MORENO FERNÁNDEZ, Sara (2018): “¿a qué deben ser leales los directores”, en: Carvajal, Lorena y Toso, Ángela (editoras), *Estudios de derecho comercial* (Santiago, Thomson Reuters).
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (1997): “Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico?”, en: *Revista de estudios políticos* (núm. 98).
- PÉREZ CORNEJO, Lorenzo (2002): *La defensa judicial de los intereses ambientales (estudio específico de la legitimación “difusa” en el proceso contencioso administrativo)* (Valladolid, Lex Nova).
- PFEFFER URQUIAGA, Francisco (2015): “Deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del denominado Caso Cascadas”, en: *Actualidad Jurídica* (núm. 32).
- PUGA VIAL, Juan (2013): *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*, 2° edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- RATHENAU, Walther (1917): *Vom aktienwesen. Eine geschäftliche betrachtung* (Berlín, S. Fischer-Verlag).
- RUIZ RUIZ, Ramón (2012): “La distinción entre reglas y principios y sus implicancias en la aplicación del derecho”, en: *Derecho y Realidad* (vol. 2, núm. 20).
- SABOGAL BERNAL, Luis (2011): “El ‘interés social’: apuntes teóricos en el marco socio-económico del derecho de la empresa”, en: *Revista e - Mercatoria* (vol. 10, núm. 1). Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2908/2549>. Fecha de consulta: 23 de marzo de 2020.
- SALGADO, Marco (s/f): “Protección de accionistas minoritarios por directores independientes en Chile”, en: Documentos de trabajo del Centro de Gobiernos Corporativos UC. Disponible en: <https://centrogobiernocorporativo.uc.cl/investigacion/documentos-de-trabajo/41-proteccion-de-accionistas-minoritarios-por-directores-independientes-en-chile/file>. Fecha de consulta: 17 de mayo de 2020.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2015): *Derecho comercial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- SCHÖTZ, Gustavo (2013): “El *favor debilis* como principio general del Derecho internacional privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo tranfronterizas”, en: *Ars Iuris Salmanticensis* (vol. 1).
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín (2014): *Introducción al Derecho* (Santiago, Legal Publishing).
- TORRES ZAGAL, Óscar (2018): *Derecho de sociedades*, 6ª edición (Santiago, Thomson Reuters).
- UBILLA GRANDI, Luis (2003): *De las sociedades y de la EIRL. Requisitos, nulidad y saneamiento* (Santiago de Chile, Lexis Nexis).

- VÁSQUEZ PALMA, María (2013): *Sociedades, comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del derecho comercial*, 1º edición (Santiago, Legal Publishing).
- VÁSQUEZ PALMA, María (2014): “Hacia la reconstrucción del concepto de sociedad en el derecho chileno. Revisión desde una perspectiva comparada”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 22).
- VÁSQUEZ PÉREZ, Arsul (2014): “La protección al débil jurídico como criterio interpretativo de los contratos por adhesión en Cuba”, en: *Revista de Derecho Privado de la Universidad de Externado Colombia* (núm. 27).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2005): “Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas. Bases para la construcción de un sistema unitario”, en: VARAS, Juan y TURNER, Susan (coord.), *Estudios de Derecho civil* (Santiago, Thomson Reuters).
- VON GIERKE, Otto (1902): *Das wesen der menschlichen verdäben* (Berlín, Imprenta Gustav Schade).
- WILLIAMS BENAVENTE, Jaime (1999): *Lecciones de introducción al Derecho* 3ª edición (Santiago, Ediciones Fundación de Ciencias Humanas).
- ZEGERS RUIZ-TAGLE, Matías; ARTEAGA ECHEVERRÍA, Ignacio (2004): “Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 31, núm. 2).

Normativa citada

Código civil italiano.

Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, de 22 de octubre de 1981.

Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, de 22 de octubre de 1981.

Real D.L. N° 1/2010, aprueba texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital de España, de 2 de julio de 2010.

Decreto Supremo N° 702, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 18.046, de Sociedades Anónimas, de 6 de julio de 2012.

Jurisprudencia citada

Fontaine Benavides, Paul y otros (2021): Corte Suprema, 24 de marzo del año 2021, rol 125.574-2020.

Mosa Shmes, Aníbal y otros (2021): Corte Suprema, 24 de marzo de 2021, rol 125.574-2020, CL/JUR/46366/2021.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Alberto Le Blanc Matthaei respecto del inciso primero del artículo 29 del D.L. N° 3.538, de 1980, Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, en el proceso sobre reclamación de multa, rol C-20.605-2014, del 20° Juzgado Civil de Santiago, caratulado “Le Blanc Matthaei, Alberto con Superintendencia de Valores y Seguros” (2018): Tribunal Constitucional, 7 de mayo del año 2018, rol N° 3.542-17-INA.

Sepulveda Mojer, Nibaldo y otros (2020): Corte Suprema, 31 de julio de 2020, rol 29.503-2019, CL/JUR/164181/2020.

La exigencia del solve et repete para ejercer acciones contencioso administrativas especiales: Privilegio procesal aún vigente en nuestro ordenamiento jurídico

The requirement of solve et repete to exercise special contentious administrative actions: a procedural privilege still in force in our legal system

Álvaro Quezada Vidal

Concepción, Chile.

Correo electrónico: alvaroquezadavidal@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-8578-2029>.

Recibido el 15/05/2021

Aceptado el 09/05/2022

Publicado el 30/06/2022

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n40-03>

RESUMEN: En este trabajo se explicarán las nociones básicas del solve et repete, dando a conocer los casos en los que está vigente esta exigencia establecida por el legislador ante el ejercicio de acciones especiales de carácter contencioso administrativas, expresando lo que ha señalado al respecto tanto el Tribunal Consti-

ABSTRACT: *This paper will explain the basic notions of solve et repete, exhibiting the cases in which this requirement established by the lawmaker is in force in the exercise of special actions of a contentious-administrative nature, expressing what both the Constitutional Court and specialised doctrine have*

tucional como la doctrina especializada, y exponiendo finalmente las razones por las cuales debe ser erradicada de nuestro ordenamiento jurídico, considerando especialmente el derecho de los justiciables de tener un efectivo acceso a la justicia.

PALABRAS CLAVE: Solve et repete, acciones contencioso administrativas especiales, acceso a la justicia.

stated in this regard, and finally explaining the reasons why it should be eradicated from our legal system, especially considering the right of the defendants to have effective access to justice.

KEY WORDS: *Solve et repete, special contentious administrative actions, access to justice.*

I. INTRODUCCIÓN

El *solve et repete*, entendido como la exigencia establecida por el legislador consistente en pagar una cantidad de dinero para así ejercer una determinada acción de carácter contencioso administrativa, ha sido objeto de críticas en gran parte de los países donde está o ha estado vigente (v.gr. España, Italia, Argentina, Cuba, etc.); Chile no ha sido la excepción.

En cuanto a sus nociones básicas, y tal como ya se insinuó, se desprende que esta exigencia implica el pago de una suma de dinero que favorece directa o indirectamente a la Administración del Estado, trayendo aparejada una evidente restricción o, derechamente, una limitación para que el administrado pueda acceder a los tribunales de justicia ejerciendo una determinada acción contencioso administrativa consagrada por el legislador, y cuyo ejercicio generalmente constituye una reacción frente a la dictación de un acto administrativo que, en el mayor de los casos, es de carácter sancionatorio y que se estima ilegal.

Así, en concordancia con lo antedicho, se revisarán los casos en los que está vigente esta exigencia dentro del disgregado contencioso administrativo especial chileno. Al respecto, si se analiza en detalle nuestro ordenamiento jurídico, se puede establecer que aún existe el *solve et repete* en Chile, no en términos generales o absolutos, sino que en casos específicos que se enmarcan dentro de un determinado sector de nuestra organización administrativa. Conforme a lo anterior, se puede observar su existencia en materia de electricidad y combustibles (artículo 19 de la Ley 18.410), minería (artículo 11 del Código de Minería), pensiones (artículo 94 N° 8 del Decreto Ley 3.500), entre otros.

A continuación, se visualizará el criterio adoptado al respecto por el Tribunal Constitucional Chileno a través del control de constitucionalidad de un proyecto de ley, conociendo requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o derechamente la inconstitucionalidad de un precepto legal, en este último caso ante el ejercicio de la respectiva acción pública o actuando de oficio. En el mismo sentido, se mencionará brevemente lo que ha dicho la doctrina nacional y extranjera en relación al *solve et repete*, cuyo razonamiento se asemeja a lo expuesto por el Tribunal Constitucional tanto en las posturas a favor como en contra, y que se enfocan principalmente en el acceso a la justicia, proporcionalidad o razonabilidad en su aplicación, adecuación a las convenciones internacionales en materia de derechos humanos, entre lo más evidente.

Acto seguido, se entregarán las razones por las cuales es necesaria la erradicación de esta exigencia en forma íntegra de nuestro ordenamiento jurídico. Los motivos que se expondrán parten de la base justamente de lo que ha sostenido tanto el Tribunal Constitucional como la doctrina que ha tratado el tema, abordándose la vulneración a la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia y la dicotomía que surge con la presunción de legalidad del acto administrativo que será objeto de reclamación jurisdiccional, la limitación al acceso a la justicia que involucra su aplicación en los casos que aún siguen vigentes, lo cual evidencia otros problemas estrechamente relacionados, como sería la falta de proporcionalidad o razonabilidad en cuanto a su finalidad, entre lo más relevante.

Finalmente, se darán algunas conclusiones en relación a este denominado privilegio procesal del cual goza la Administración del Estado, el cual opera como una restricción o limitante al ejercicio de una acción contencioso administrativa especial establecida previamente por el legislador y cuya constitucionalidad es, a todas luces, cuestionable.

II. NOCIONES BÁSICAS DEL SOLVE ET REPETE

En ocasiones, el legislador exige como un requisito de admisibilidad de una acción contencioso-administrativa que se pague o consigne, generalmente en la cuenta corriente del tribunal o del organismo respectivo, una cantidad de dinero vinculada a un porcentaje de una determinada operación monetaria o de una multa impuesta por un acto administrativo. Esta exigencia que tiene incidencia en el derecho procesal administrativo se denomina *solve et repete*, que consiste básicamente en pagar una suma de dinero para poder reclamar ante los tribunales de justicia.

Varios autores han entregado algunas nociones básicas de lo que ha de entenderse por el *solve et repete*. Así, en Chile, Sebastián Lewis, quien ha dedicado durante la última década varios trabajos relacionados con el tema, lo define como “...aquella regla procesal en cuya virtud el afectado por multa administrativa u otra exigencia pecuniaria a beneficio fiscal debe pagar previamente una parte o el entero de esta multa o exigencia como requisito previo de su impugnación ante los tribunales ordinarios de justicia”.¹ El mismo autor menciona que “...se verifica la aplicación del referido mecanismo cuando, en un supuesto de imposición de multa aplicada por la Administración, o de cualquier otra exigencia pecuniaria a beneficio fiscal, pero que siempre constituye una decisión administrativa que impone la obligación de dar una suma de dinero, el Estado tiene, a priori, el privilegio de recibir una previa consignación de dinero para que un particular pueda impugnar dicha decisión ante un órgano jurisdiccional”.² Otro autor que se ha referido con anterioridad al tema, especialmente cuando era abogado integrante del Tribunal Constitucional, es Eduardo Soto Kloss, quien señala que “...el afectado por un acto sancionador dictado por la Administración, que le impone una multa, debe pagarla (sea íntegramente, sea una parte o porcentaje de ella), para poder reclamar de su juridicidad”.³ En el mismo sentido, Iván Aróstica

¹ LEWIS (2012), p. 151.

² LEWIS (2014), p. 260.

³ SOTO (2012), p. 627.

entiende esta exigencia como “...la obligación de pagar una suma de dinero antes de poder acudir a la judicatura competente”.⁴ Por su parte, Juan Carlos Ferrada menciona que “...se trata de una limitación material a los particulares del acceso a la jurisdicción, fundada en la rigurosidad en el uso de las vías procedimentales de reclamo en contra de la administración”.⁵ A su vez, Nicolás Enteiche sostiene que “...el solve et repete tiene por objeto disuadir la interposición de reclamaciones judiciales, ya que exige al afectado por un acto desfavorable poseer y consignar una cantidad de dinero...”.⁶

En el extranjero, Rafael de Mendizábal lo conceptualizaba como “la exigencia de que el demandante en el proceso contencioso-administrativo abone previamente las cantidades objeto de controversia judicial que adeude a la Administración pública como consecuencia de una relación jurídico-tributaria o de una infracción administrativa, cuando se impugna la legitimidad del acto de liquidación o sancionador”.⁷ En un sentido similar, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández mencionaban que en virtud del solve et repete “se condicionaba la posibilidad de recurrir contra los actos administrativos que declarasen (por vía tributaria o sancionatoria, especialmente) una deuda pecuniaria de un particular frente a la Administración al previo pago de la cantidad del importe de dicha deuda”.⁸ Por su parte, Lucas Piaggio lo entiende como “...la obligación de pagar previamente el monto de la multa o sanción económica que se pretende cuestionar, como presupuesto de procedencia para la interposición de la acción o recurso que habilita la revisión judicial del acto administrativo que la impuso”.⁹

De lo recientemente expuesto, subyace la idea que el solve et repete constituye una limitación de carácter pecuniario ante el inminente ejercicio de acciones de carácter contencioso administrativo contra la Administración del Estado. La limitación se da en el sentido de exigirse el pago o consignación en forma previa a la interposición de la respectiva acción o reclamación jurisdiccional.

Ahora bien, además de constituir una exigencia de carácter pecuniario, el solve et repete se ha considerado como uno de los privilegios procesales de los cuales goza la Administración del Estado, concepto que se ha insertado dentro del título de este trabajo y que debe ser entendido como “...las prerrogativas en las que la ley o la jurisprudencia de nuestros tribunales han optado por beneficiar a la Administración en su posición como parte en un proceso judicial”.¹⁰ En el mismo sentido, pero bajo la noción de privilegios jurisdiccionales, Luis Cordero sostiene que “...son el conjunto de ventajas que dispone la Administración al momento de enfrentar conflictos con los particulares...”, agregando que “Son parte de esta categoría ciertos privilegios procesales como (1) el solve et repete (pagar para repetir, que se traduce generalmente en las consignaciones bancarias para poder reclamar de las sanciones

⁴ ARÓSTICA (2008), p. 93.

⁵ FERRADA (2007), p. 84.

⁶ ENTEICHE (2014), p. 168.

⁷ DE MENDIZÁBAL (1964), p. 107.

⁸ GARCÍA Y FERNÁNDEZ (2020a), p. 562.

⁹ PIAGGIO (2020), p. 304.

¹⁰ ROMERO (2011), p. 438.

administrativas)...”¹¹ En este sentido, y tal como se dirá más adelante, el *solve et repete* se enmarca genuinamente no como un efecto propio del acto administrativo en su vertiente de autotutela ejecutiva, ni mucho menos, si lo vemos desde un punto más específico, como un medio de coacción directa o ejecución forzosa expresamente establecido por el legislador a disposición de la Administración del Estado (aunque en los hechos se genere esta situación si es que efectivamente se paga), sino como un beneficio *ex ante* en favor de ésta desde un enfoque netamente procesal ya que, además de operar como un disuasivo para ejercer en concreto la acción, su inobservancia, en el caso de que efectivamente ésta se ejerza, traerá aparejado el rechazo de la reclamación por parte del juez, aunque se cuenten con antecedentes de fondo que permitan revertir lo declarado en el acto administrativo cuestionado. Así, en términos similares, Enrique Lavié señala que “...ninguna relación existe entre las consecuencias propias de la autotutela ejecutiva de la Administración –quien si no media suspensión de los efectos del acto, puede proseguir al cobro de la multa aún cuando se hubiere ordenado la impugnación judicial- y la exigencia del pago previo para habilitar precisamente la intervención judicial”.¹²

Teniendo presente lo señalado hasta ahora, la idea matriz que surge es que el administrado ejercerá la respectiva acción contencioso-administrativa, pero que no superará siquiera la etapa de admisibilidad si no se consigna la suma de dinero exigida por el legislador. Esta situación traerá como consecuencia la limitación para acceder en forma eficaz e íntegra a la justicia, es decir, a que se obtenga un pronunciamiento sobre el fondo de lo pedido.

Además de lo expuesto, se desprende que esta exigencia se da cuando nos enfrentamos ante la Administración del Estado en sede jurisdiccional. Lo anterior es relevante, ya que existen procedimientos administrativos en los cuales se exige una consignación previa para impugnar un determinado acto administrativo en sede administrativa. Así, se da el caso del artículo 81 del Decreto Ley que sustituye la Ley de navegación¹³ o el artículo 79 del Decreto Ley que establece normas sobre extranjeros en Chile.¹⁴ Estas situaciones no serían genuinamente supuestos de *solve et repete*, ya que debemos estar en presencia de una limitación directa para acceder a la justicia. Eso sí, se ha tratado de derribar esta barrera impuesta por nuestro ordenamiento jurídico a través del ejercicio de la acción constitucional de protección, donde se ha ordenado a la Administración del Estado no exigir la respectiva consignación al administrado para que reclame en sede administrativa. Al respecto, la Excelentísima Corte Suprema, conociendo de una acción constitucional de protección, estableció en el considerando cuarto de la sentencia de fecha 25 de mayo de 2017 que “...infringe el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República por constituir la necesidad de depósito del 50% de la multa una discriminación arbitraria de carácter fáctico, toda vez que se vincula el derecho a impugnar los actos de la administración del Estado reconocido en el artículo 4 de la Ley N°19.880 con determinada capacidad económica particular...”¹⁵

¹¹ CORDERO VEGA (2015), p. 99-100.

¹² LAVIÉ (2013), p. 293-294.

¹³ Decreto Ley N° 2.222, de 1978.

¹⁴ Decreto Ley N° 1.094, de 1975.

¹⁵ Aguilar con Intendencia del BioBío (2017). En el mismo sentido, Blanco y Negro S.A con Bellolio (2020).

III. CASOS VIGENTES DE SOLVE ET REPETE EN NUESTRO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ESPECIAL CHILENO

Tal como se ha sostenido, hay situaciones donde el legislador exige consignar previamente una determinada suma de dinero para que la reclamación jurisdiccional o acción contencioso administrativa ejercida sea eficaz. Así, al momento de revisar nuestro extenso pero disgregado ordenamiento jurídico administrativo, podemos constatar la existencia del *solve et repete* como un requisito para ejercer acciones especiales de carácter contencioso administrativas, en su gran mayoría de carácter sancionatorio, y que se insertan en diferentes sectores de nuestra organización administrativa.

Sobre la base de lo expuesto, se puede observar que actualmente existen los siguientes casos vigentes de *solve et repete* para ejercer acciones contencioso administrativas, en las que se exige la consignación total o de un porcentaje de una multa impuesta o de una determinada operación monetaria para poder reclamar contra el respectivo acto administrativo:

1) El artículo 69 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central establece que de los acuerdos, reglamentos, resoluciones, órdenes o instrucciones que el Banco Central dicte en el ejercicio de las facultades establecidas en los artículos 34 (regular la cantidad de dinero en circulación y de crédito), 35 (regular el sistema financiero y del mercado de capitales), 36 (cautelar la estabilidad del sistema financiero), 58 (sancionar con multa a beneficio fiscal) y 61 (sancionar con la suspensión o revocación de la autorización de realizar operaciones de cambios internacionales), y en el párrafo octavo del Título III de esta ley (limitar y restringir, entre otras facultades, las operaciones de cambios internacionales), que se estimen ilegales, podrá reclamarse por el interesado ante la Corte de Apelaciones de Santiago en el plazo de quince días hábiles, contado desde la fecha de notificación del acuerdo, reglamento, resolución, orden o instrucción que se reclama, en la forma y condiciones que se señalan en el Título V de esta ley. En lo pertinente, esta disposición agrega que “*al interponerse el recurso, deberá acompañarse boleta de consignación, a la orden del tribunal, por el equivalente al uno por ciento del monto total de la operación o del perjuicio que se reclama*”.¹⁶

Cabe tener presente que existen algunos contenciosos administrativos especiales que se remiten, en cuanto a la forma y condiciones exigidas para ejercer la acción o reclamación en sede jurisdiccional, al Título V de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, dentro del cual está el referido artículo 69.¹⁷ Ahora bien, existen acciones o reclamaciones contencioso administrativas que son más espe-

¹⁶ Ley Nº 18.840, de 1989.

¹⁷ Así, el artículo 14 del Decreto con Fuerza de Ley Nº 1, de 1987, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº 1.349, de 1976, que crea la Comisión Chilena del Cobre señala que el afectado tendrá derecho a reclamar de la multa impuesta por el Consejo de la Comisión Chilena del Cobre, en conformidad al procedimiento que se establece en el Título V de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile. A su vez, el artículo 46 de la misma Ley Orgánica Constitucional del Banco Central indica que, de las resoluciones que dicte la comisión integrada por el Fiscal Nacional Económico, un representante del Ministerio de Hacienda y uno del Ministerio de Relaciones Exteriores estableciendo el valor de la respectiva operación que había sido objetada por el Banco Central, podrá reclamarse ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en la forma y condiciones que se establecen en el Título V de esta ley. En el mismo sentido, el artículo 61 de la misma ley establece que las empresas bancarias o personas autorizadas para operar en el Mercado Cambiario Formal que infrinjan las disposiciones establecidas por el Banco Central relacionadas con operaciones de cambios internacionales, podrán ser sancionadas directamente por éste mediante la suspensión para efectuar tales operaciones hasta por sesenta días o mediante la revocación de la autorización para realizarlas

cíficas, ya que no se remiten propiamente tal al referido Título V, sino que establecen que se reclamará conforme al procedimiento del artículo 69 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central.¹⁸

Sobre la base de lo expuesto, y al contemplar estos casos la remisión ya referida, debe entenderse que, dentro de su tramitación, se incluiría la exigencia del previo pago para ejercer la respectiva acción ya que el legislador no la excluye expresamente, a diferencia de lo que ocurre en el caso del artículo 36 bis del Decreto que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, norma que consagra la acción o reclamación jurisdiccional contra las resoluciones del Ministerio de Obras Públicas, la cual se remite en cuanto a su tramitación al artículo 69 al 71 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central cuando se interpone ante la Corte de Apelaciones de Santiago, pero excluyendo expresamente la exigencia de boleta de consignación previa para reclamar.¹⁹

2) El artículo 19 de la Ley que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles señala que los afectados que estimen que las resoluciones de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles no se ajustan a la ley, reglamentos o demás disposiciones que le corresponda aplicar, podrán reclamar de las mismas dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la respectiva notificación, ante la Corte de Apelaciones correspondiente al domicilio del reclamante o ante aquélla que corresponda al domicilio de la autoridad que haya expedido el acto administrativo reclamado si la resolución afectare a más de una persona o entidad, y cuyos domicilios correspondieren a territorios jurisdiccionales de diferentes Cortes. En lo relativo al *solve et repete*, esta norma menciona que “*para interponer la reclamación contra una multa deberá acompañarse boleta de consignación a la orden de la Corte, por el 25% del monto de la misma*”.²⁰

3) El artículo 11 del Código de Minería dispone que, contra la resolución de la Comisión Chilena de Energía Nuclear que aplique una multa al productor de determinados productos mineros por incumplimiento de sus obligaciones (que, en palabras simples, se refiere a la obligación de comunicar a la Comisión de la obtención esporádica o habitual de determinados productos mineros para que el Estado ejerza el derecho de primera opción de compra), podrá reclamarse ante la respectiva Corte de Apelaciones, dentro del plazo de diez días, contado desde su notificación. La norma agrega que se

si no se tratare de una empresa bancaria, agregando esta disposición que, en estos casos, la entidad o persona a quien afecte la medida acordada podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en la forma y condiciones que se señalan en el Título V de esta ley.

¹⁸ Al respecto, el artículo 65 bis de la Ley N° 18.840, de 1989, dispone que, vencido el plazo legal para la entrega de la información requerida al Banco Central o denegada la petición por alguna de las causales autorizadas por la ley, el requirente podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones de Santiago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 de esta ley. En el mismo sentido, el artículo 20 de la Ley N° 20.730, de 2014, que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios menciona que el afectado podrá reclamar de la multa que le imponga el Consejo del Banco Central, conforme al procedimiento establecido en el artículo 69 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, contenida en el artículo primero de la ley N° 18.840. En términos similares, el artículo 20 de la Ley N° 20.880, de 2016, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses indica que el afectado podrá reclamar de la multa que le imponga el Consejo del Banco Central, conforme al procedimiento establecido en el artículo 69 de la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central.

¹⁹ Decreto N° 900, de 1996.

²⁰ Ley N° 18.410, de 1985.

podrá reclamar “acompañando boleta de consignación a la orden de la Corte por el diez por ciento de la multa”.²¹

4) El artículo 37 de la Ley de seguridad nuclear menciona que, contra la “sentencia” de la Comisión Chilena de Energía Nuclear que falle la reclamación administrativa interpuesta contra la resolución que imponga alguna de las sanciones referidas en el artículo 34 de esta ley (multa, suspensión o revocación definitiva de la autorización), procederá el “recurso de apelación”, que deberá deducirse por el afectado ante la Corte de Apelaciones de Santiago dentro de quinto día, contado desde su notificación personal o por cédula, la que se concederá en el solo efecto devolutivo, “previa consignación por el recurrente del 20% de la multa aplicada, o con la suma de 10 unidades tributarias mensuales si la resolución no aplicare multa”.²²

5) El artículo 63 de la Ley que fija normas sobre producción, elaboración y comercialización de alcoholes etílicos, bebidas alcohólicas y vinagres señala que podrá reclamarse, ante el Juez de Letras en lo Civil del lugar en que se cometió la infracción, contra la resolución del Director Ejecutivo del Servicio Agrícola y Ganadero que aplique sanciones (específicamente multas), dentro de los quince días hábiles siguientes a su notificación. Esta disposición añade que “para acoger a tramitación la reclamación se exigirá que el infractor compruebe haber depositado previamente en las oficinas del Servicio o del Banco del Estado de Chile, a nombre de dicho Servicio, el 10% de la multa que le hubiere sido impuesta”.²³

6) El artículo 113 del Decreto con Fuerza de Ley que regula los organismos públicos de salud, el ejercicio del derecho constitucional a la protección a la salud, el régimen de prestaciones de salud y el sistema privado de salud menciona que el afectado podrá reclamar, ante la Corte de Apelaciones que corresponda, contra la resolución que deniegue la reposición administrativa interpuesta contra las resoluciones o instrucciones que dicte la Superintendencia de Salud, dentro de los quince días hábiles siguientes a su notificación. Esta norma agrega que “para reclamar contra resoluciones que impongan multas, deberá consignarse, previamente, en la cuenta del tribunal, una cantidad igual al veinte por ciento del monto de dicha multa, que no podrá exceder de cinco unidades tributarias mensuales, conforme al valor de éstas a la fecha de la resolución reclamada, la que será aplicada en beneficio fiscal si se declara inadmisibile o se rechaza el recurso. En los demás casos, la consignación será equivalente a cinco unidades tributarias mensuales, vigentes a la fecha de la resolución reclamada, destinándose también a beneficio fiscal, en caso de inadmisibilidad o rechazo del recurso”.²⁴

7) El artículo 24 de la Ley que fija el nuevo texto refundido, coordinado y actualizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 313 que aprobara la Ley Orgánica de la Dirección Estadística y Censos y crea el Instituto Nacional de Estadísticas establece que el infractor podrá deducir reclamo ante el Juez de Letras que ordenó la notificación de la resolución del Director del Instituto Nacional de Estadísticas

²¹ Ley N° 18.248, de 1983.

²² Ley N° 18.302, de 1984.

²³ Ley N° 18.455, de 1985.

²⁴ Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006.

que imponga una multa, dentro del plazo de cinco días, contados desde la notificación respectiva, el cual se aumentará en conformidad a las reglas del emplazamiento. Esta disposición agrega que “no se admitirá a tramitación la solicitud, si no se comprobare el pago previo del valor de la multa”.²⁵

8) El artículo 52 del Decreto con Fuerza de Ley que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y del Decreto con Fuerza de Ley sobre construcción y conservación de caminos menciona que el infractor podrá reclamar ante el Juez Letrado en lo Civil correspondiente contra la resolución de multa impuesta por el Director de Vialidad, teniendo el plazo de diez días para hacerlo “una vez pagada la multa o efectuada la consignación a la orden del Director en la Tesorería Comunal respectiva”.²⁶

9) El artículo 70 de la Ley que establece un nuevo estatuto general para las Cajas de Compensación de Asignación Familiar señala que podrá reclamarse ante la Corte de Apelaciones del domicilio de la Caja de Compensación contra las resoluciones que emita la Superintendencia de Seguridad Social dictadas con ocasión de los acuerdos de directorio de una Caja de Compensación, de las que impusieren multas a los directores o al gerente general y de las que declaren su intervención, en el plazo de quince días hábiles, contado desde la fecha de notificación de la respectiva resolución. La disposición añade que “para reclamar en contra de las resoluciones de la Superintendencia en los casos de imposiciones de multas, deberá consignarse en la cuenta corriente del tribunal señalado, en forma previa, una cantidad igual al cincuenta por ciento de dicha multa”.²⁷

10) El artículo 94 N° 8 del Decreto Ley que establece un nuevo sistema de pensiones establece que la Administradora de Fondos de Pensiones afectada, sus filiales y las sociedades administradoras de cartera de recursos previsionales, al igual que sus directores o apoderados, podrán reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva contra las resoluciones de la Superintendencia de Pensiones que apliquen sanciones, dispongan la revocación de la autorización de existencia y dispongan la enajenación de inversiones efectuadas en o a través de las sociedades filiales establecidas en el artículo 23 de esta ley cuando no cumplan con lo establecido en el inciso duodécimo de dicho artículo (esta última disposición se refiere a que las sociedades anónimas filiales constituidas en el país por las Administradoras de Fondos de Pensiones para complementar su giro deben prestar servicios a personas naturales o jurídicas que operen en el extranjero, o que inviertan en Administradoras de Fondos de Pensiones o en sociedades cuyo giro esté relacionado con materias previsionales, constituidas en otros países), dentro del plazo de quince días siguientes a su notificación. Esta disposición agrega que “para reclamar de una multa impuesta por la Superintendencia, el reclamante deberá efectuar una consignación equivalente al 25% de su monto en dicho organismo”.²⁸

11) El artículo 16 de la Ley que establece un nuevo régimen legal para la industria automotriz precep-

²⁵ Ley N° 17.374, de 1970.

²⁶ Decreto con Fuerza de Ley N° 850, de 1998.

²⁷ Ley N° 18.833, de 1989.

²⁸ Decreto Ley N° 3.500, de 1980.

túa que el infractor afectado por las resoluciones de la Comisión Automotriz que impongan la sanción de multa podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro del plazo de diez días corridos, contado desde que se notifique la sanción respectiva, “previo ingreso en arcas fiscales de un tercio del monto de la multa aplicada”.²⁹

VI. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE EL SOLVE ET REPETE

A. Ideas preliminares

Ya hace bastantes años se ha cuestionado la constitucionalidad de este denominado privilegio procesal que detenta la Administración del Estado, no solo a nivel de doctrina, sino que directamente por parte del Tribunal Constitucional, siendo una de las razones más reiteradas y esgrimidas al respecto el límite o restricción que se impone al litigante para acceder al tribunal competente ejerciendo la acción contencioso administrativa que establece el legislador en casos especiales, pero con aquel requisito controvertido y carente de razonabilidad. En este sentido, Claudio Moraga señala que “el tribunal ha declarado inaplicables por inconstitucionales antiguas disposiciones legales que restringían el acceso a la jurisdicción a través del añejo solve et repete, puesto que eran barreras injustificadas y carentes de razonabilidad al derecho a la justicia”.³⁰ A su vez, Enrique Navarro indica que el Tribunal Constitucional “...ha declarado que la exigencia de un pago previo de la multa impuesta por la administración resulta contraria a la Carta Fundamental, en especial al derecho a acceder a los tribunales y a una tutela judicial efectiva”.³¹ Sin embargo, y a pesar de lo recientemente expuesto, el Tribunal Constitucional ha validado en ocasiones esta exigencia, pero con algunas vacilaciones, tal como se verá más adelante.

B. Casos que ha conocido el Tribunal Constitucional

Ahora bien, en cuanto al conocimiento de la materia que es objeto de este trabajo, el Tribunal Constitucional lo ha efectuado ya sea a través del control de constitucionalidad de un proyecto de ley, por medio del ejercicio del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o actuando de oficio para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal. Relacionado con lo anterior, se puede observar la siguiente legislación sectorial en la que se ha discutido esta situación: Ley sobre bases generales del medio ambiente,³² Ley que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios,³³ Decreto con Fuerza de Ley que regula los organismos públicos de salud, el ejercicio del derecho constitucional a la protección a la salud, el régimen de prestaciones de salud y el sistema privado

²⁹ Ley N° 18.483, de 1985.

³⁰ MORAGA (2011), pp. 241-242.

³¹ NAVARRO (2012), p. 33.

³² Ley N° 19.300, de 1994.

³³ Ley N° 20.123, de 2006.

de salud,³⁴ Decreto Ley que crea la Comisión para el Mercado Financiero (ex Superintendencia de Valores y Seguros),³⁵ Ley que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles,³⁶ Código del Trabajo,³⁷ Código Sanitario³⁸ y Ley que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras.³⁹

1. Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente

En materia ambiental, el Tribunal Constitucional declaró mediante sentencia de fecha 28 de febrero de 1994 que el inciso segundo del artículo 65 del proyecto de ley sobre Bases del Medio Ambiente, el cual contenía la exigencia del *solve et repete*, era constitucional.⁴⁰ Así, el texto original de la Ley 19.300 estableció en el inciso segundo del artículo 64 (artículo 65 del proyecto de ley) que, en contra de las resoluciones dictadas por la Comisión Regional o Nacional del Medio Ambiente, se podía recurrir ante el juez competente, “*previa consignación del equivalente al 10% del valor de la multa aplicada*”.⁴¹

Cabe señalar que la sentencia antes mencionada fue acordada con el voto disidente del abogado integrante Eduardo Soto Kloss, quien estuvo por declarar la inconstitucionalidad de aquella disposición por el hecho de vulnerar normas constitucionales (v.gr. artículo 1 inciso cuarto, 5 inciso segundo, 19 N° 2, 19 N° 3, 19 N° 26) e instrumentos jurídico-internacionales (v.gr. artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos), sosteniendo, entre otras razones, que este mecanismo “...*vulnera de modo flagrante el derecho fundamental del afectado a la “igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”...*”.⁴²

2. Ley que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios

En lo concerniente a la Ley que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios, el Tribunal Constitucional declaró mediante sentencia de fecha 30 de agosto de 2006 que “...*la frase “previa consignación de la tercera parte de la multa aplicada, en caso que correspondiere” contenida en el inciso*

³⁴ Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006.

³⁵ Decreto Ley N° 3.538, de 1980.

³⁶ Ley N° 18.410, de 1985.

³⁷ Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2003.

³⁸ Decreto con Fuerza de Ley N° 725, de 1968.

³⁹ Ley N° 20.551, de 2011.

⁴⁰ Honorable Senado (1994), numeral segundo de la parte resolutive.

⁴¹ Ley N° 19.300, de 1994. Disposición que fue modificada por el numeral 59 del artículo primero de la Ley N° 20.417, de 2010, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente y que eliminó derechamente aquel inciso segundo.

⁴² Honorable Senado (1994), voto disidente.

tercero del artículo 183-I, que el artículo tercero del proyecto introduce en el Código del Trabajo, es inconstitucional y debe eliminarse de su texto”⁴³

En cuanto al razonamiento para llegar a esta conclusión, esta sentencia señaló lo siguiente: “Que la aludida exigencia de una consignación previa resulta así de carácter indeterminado, carente de un límite, pudiendo, en consecuencia, llegar a cantidades cuya cuantía, en la práctica, entraben más allá de lo razonable el derecho de acceso a la justicia, al restringir tan severamente la posibilidad de reclamar ante un tribunal de la multa impuesta por la autoridad administrativa”⁴⁴

3. Decreto con Fuerza de Ley que regula los organismos públicos de salud, el ejercicio del derecho constitucional a la protección a la salud, el régimen de prestaciones de salud y el sistema privado de salud

En materia de salud, el Tribunal Constitucional rechazó mediante sentencia de fecha 10 de diciembre de 2019 declarar inaplicable por inconstitucionalidad el artículo 113 del Decreto con Fuerza de Ley que regula los organismos públicos de salud, el ejercicio del derecho constitucional a la protección a la salud, el régimen de prestaciones de salud y el sistema privado de salud, norma que mantiene vigente la exigencia del *solve et repete*.⁴⁵

Dentro de los argumentos de los Ministros que estimaron acoger la inaplicabilidad⁴⁶ están los siguientes: “...no constituye un elemento que permita distinguir este caso de otros, la baja o alta cuantía de dinero que debe ser consignada. Lo anterior, pues el impedimento que se enjuicia consiste en pagar antes de reclamar”;⁴⁷ “...la obligación de pagar todo o parte de la multa hace aplicable de inmediato la sanción. Lo anterior, aunque no sea definitiva ni se encuentre firme”⁴⁸ Por su parte, alguna de las razones de los Ministros que estuvieron por rechazar el requerimiento⁴⁹ fueron las siguientes: “...la norma busca desincentivar la litigación inoficiosa y dar seriedad al recurso”;⁵⁰ “...no resulta desproporcionada desde el momento en que ella misma impone un límite bastante acotado para determinar el monto de la consignación...”⁵¹

⁴³ Honorable Senado (2006), numeral primero de la parte resolutive. Con la eliminación de la frase ya indicada, la disposición quedó de la siguiente forma: “La empresa afectada por dicha resolución, podrá pedir su reposición al Director del Trabajo, dentro del plazo de cinco días. La resolución que niegue lugar a esta solicitud será reclamable, dentro del plazo de cinco días, ante la Corte de Apelaciones respectiva”.

⁴⁴ Honorable Senado (2006), considerando noveno.

⁴⁵ Clínica Avansalud SpA (2018).

⁴⁶ Ministra María Brahm y Ministros Iván Aróstica, Cristián Letelier, José Vásquez y Miguel Fernández.

⁴⁷ Clínica Avansalud SpA (2018), considerando décimo sexto voto disidente.

⁴⁸ Clínica Avansalud SpA (2018), considerando décimo noveno voto disidente.

⁴⁹ Ministros Gonzalo García, Domingo Hernández, Juan Romero, Nelson Pozo y la Ministra María Silva.

⁵⁰ Clínica Avansalud SpA (2018), considerando décimo tercero.

⁵¹ Clínica Avansalud SpA (2018), considerando décimo cuarto.

4. Decreto Ley que crea la Comisión para el Mercado Financiero (ex Superintendencia de Valores y Seguros)

En cuanto al sector valores y seguros, el Tribunal Constitucional rechazó mediante sentencia de fecha 17 de noviembre de 2006 declarar inaplicable por inconstitucionalidad el artículo 30 del Decreto Ley 3.538, disposición que contenía en su inciso segundo la exigencia del *solve et repete*.⁵²

Entre los argumentos principales de los Ministros que estimaron rechazar la inaplicabilidad⁵³ están los siguientes: “...no es posible estimar como constitucional o inconstitucional en sí misma esta regla, debiendo ponderarse, en cada caso y oportunidad que se someta a la decisión de este Tribunal, si su exigibilidad como condición para reclamar judicialmente de ella resulta contraria a la Constitución...”;⁵⁴ “...el requisito de la consignación previa para impugnar en sede judicial una sanción administrativa se encuentra consagrado en diversos ordenamientos legales y es un trasunto o derivación del característico rasgo de ejecutoriedad o ejecutividad que revisten los actos administrativos...”;⁵⁵ “...no puede calificarse como una limitación irracional o arbitraria al ejercicio del derecho del requirente a recurrir ante la justicia ordinaria para que revise el acto impugnado, toda vez que el mismo tiene una justificación clara en el propósito de evitar que la determinación sancionatoria de la Superintendencia de Valores y Seguros sea dilatada sistemáticamente en su ejecución por el expediente de recurrirla ante el tribunal competente, aun sin basamento plausible”.⁵⁶ Por su parte, los argumentos más relevantes de los Ministros que estuvieron por acoger el requerimiento⁵⁷ son los siguientes: “Se obliga así a consignar a quien ha querido ejercer su derecho a reclamar, en condiciones que no puede considerársele como infractor por una decisión que se encuentra reclamada y que no puede aún tenerse como definitiva”;⁵⁸ “...el principio de la impugnabilidad de las decisiones administrativas se encuentra también reconocido como un principio, de igual valor al de la presunción de legalidad, en el artículo 15 de la misma Ley 19.880 y, consagrado, con la mayor jerarquía, en la propia Constitución Política, cuyo artículo 38 inciso segundo asegura a cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, para reclamar ante

⁵² Kravetz (2006); y debe señalarse que contenía esta regla, ya que el artículo primero de la Ley N° 21.000, de 2017, reemplazó el texto del Decreto Ley N° 3.538, de 1980, eliminándose el mencionado artículo 30, cuyo inciso segundo en la época en que se dedujo el requerimiento establecía lo siguiente: “El afectado podrá reclamar de la aplicación de la multa o de su monto ante el juez de letras en lo civil que corresponda, dentro del plazo de diez días de (sic) indicado en el inciso anterior, previa consignación del 25 % del monto total de la multa, en la Tesorería General de la República. La consignación no podrá ser superior al equivalente a 500 unidades de fomento o a 1.000 unidades de fomento, si la multa se aplicare a una persona natural o a una persona jurídica, respectivamente, salvo que se trate de infracciones reiteradas o de aquellas del Título XXI de la ley N° 18.045 en cuyo caso se deberá consignar el 25 %”.

⁵³ Ministros Juan Colombo, Mario Fernández, Marcelo Venegas, Enrique Navarro y Francisco Fernández. Cabe tener presente que el Ministro Enrique Navarro, dentro de las consideraciones formuladas para concurrir al rechazo, señaló en el considerando quinto de su voto particular que “...el precepto legal que se impugna en el caso de autos dice relación más bien con una norma que contiene el establecimiento de un requisito previo o presupuesto de admisibilidad para poder ejercer la acción impetrada de reclamo o poner en movimiento la jurisdicción; por lo que no puede ser calificada como una disposición que sea decisiva para la resolución de asunto alguno”.

⁵⁴ Kravetz (2006), considerando cuarto.

⁵⁵ Kravetz (2006), considerando sexto.

⁵⁶ Kravetz (2006), considerando décimo tercero.

⁵⁷ Ministros José Luis Cea, Raúl Bertelsen, Hernán Vodanovic, Jorge Correa y Ministra Marisol Peña.

⁵⁸ Kravetz (2006), considerando décimo cuarto voto disidente.

los tribunales que determine la ley, sin sujetar el derecho a reclamo a ningún requisito o consignación previa”;⁵⁹ “...la consignación limita el ejercicio del derecho a acceder al tribunal no sólo a aquellos que sin fundamento y temerariamente puedan reclamar de las sanciones administrativas; sino que también limita el derecho de aquellos sujetos imperados que, sin temeridad y con razones suficientes, reclamen el amparo de los tribunales en el ejercicio de sus derechos. La obligación de consignar se aplica antes que el juez pueda determinar la razonabilidad del reclamo”.⁶⁰

5. Ley que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles

En el ámbito de electricidad y combustibles, el Tribunal Constitucional declaró mediante sentencia de fecha 27 de mayo de 1999 que el actual artículo 19, contenido en el numeral 9) del artículo 1° del proyecto de ley que modificó la Ley Orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y la Ley General de Servicios Eléctricos, era constitucional.⁶¹ Así, en lo concerniente al *solve et repete*, esta sentencia estableció que “...dicha norma no impide el acceso a la justicia de los afectados por la multa, sino solamente lo regula en consideración a la necesidad de asegurar el debido funcionamiento del servicio público que prestan. La exigencia constituye un incentivo efectivo para que las empresas mejoren la coordinación y la seguridad del sistema. En suma, la sanción administrativa y especialmente la consignación respectiva, lejos de impedir el acceso a la justicia, busca restablecer el orden previamente quebrantado en aras del Bien Común”.⁶² Sin embargo, la sentencia del Tribunal fue acordada con el voto en contra de la Ministra Luz Bulnes y del Ministro Mario Verdugo, quienes estimaron que la parte que contenía el *solve et repete* debía declararse inconstitucional, señalando al respecto que “...erosiona el derecho de acceso a la justicia...”;⁶³ “...se transgrede igualmente la normativa contenida en el artículo 5° de la misma Ley Fundamental...”.⁶⁴

Ahora bien, conociendo requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha sido voluble al momento de declarar si la exigencia del *solve et repete* contenida en el artículo 19 de la Ley 18.410 es o no constitucional. Así, mediante sentencia de fecha 07 de agosto de 2014, se rechazó el respectivo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad,⁶⁵ estableciéndose que “...el requisito de consignación de la cuarta parte de la multa se encuentra en una relación proporcionada con el fin legítimo de la norma, compensando el sacrificio que implica para el sujeto administrado”.⁶⁶ Sin embargo, la Ministra Marisol Peña estimaba acoger el requerimiento, sosteniendo

⁵⁹ Kravetz (2006), considerando décimo sexto voto disidente.

⁶⁰ Kravetz (2006), considerando décimo octavo voto disidente.

⁶¹ Honorable Cámara de Diputados (1999), numeral primero de la parte resolutive.

⁶² Honorable Cámara de Diputados (1999), considerando séptimo.

⁶³ Honorable Cámara de Diputados (1999), considerando primero voto disidente.

⁶⁴ Honorable Cámara de Diputados (1999), considerando segundo voto disidente.

⁶⁵ Compañía Eléctrica del Litoral S.A. (2013).

⁶⁶ Compañía Eléctrica del Litoral S.A. (2013), considerando vigésimo quinto. Cabe tener presente que el Ministro Raúl Bertelsen, dentro de las consideraciones formuladas para concurrir al rechazo, señaló en el considerando primero de su voto particular que “...al haberse invocado como fundamento de la inaplicabilidad del precepto legal impugnado, el mismo vicio que fue examinado y descartado por el Tribunal Constitucional al ejercer el control previo de constitucionalidad, el presente requerimiento de inaplicabilidad no puede prosperar”. A su vez, el Ministro Juan Romero concurrió al rechazo, indicando el considerando tercero de su

que “La presunción de legalidad que acompaña a los actos administrativos –como la Resolución Exenta Nº 218, de 14 de mayo de 2013, de la SEC- no puede constituir un freno para que la Constitución cumpla el objetivo que marcó el inicio del proceso constitucionalista y que consiste en el control del ejercicio del poder”.⁶⁷ En el mismo sentido de acoger el requerimiento, el Ministro Iván Aróstica y la Ministra María Brahm señalaron que “...la obligación de pagar todo o parte de la multa hace aplicable de inmediato la sanción, aunque no sea definitiva ni se encuentre firme, de modo que dicha impugnación judicial queda a priori menoscabada...”.⁶⁸

Otra sentencia que rechazó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la exigencia del *solve et repete* contenida en el inciso segundo del artículo 19 de la Ley 18.410 es aquella dictada con fecha 06 de marzo de 2019,⁶⁹ adoptándose dicha decisión por razones de forma, y en la cual se indicó que “...la argumentación del requirente ante este Tribunal es incompatible con lo alegado en la gestión pendiente”.⁷⁰ Por su parte, el voto disidente,⁷¹ es decir, aquel que estimaba acoger el requerimiento, estableció que “...de resultar ilegal la sanción, el pago previo no tiene razón de ser y aparecería más bien como una verdadera exacción ilegítima”.⁷²

En cuanto a las sentencias que han acogido requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la exigencia del *solve et repete* contenida en el inciso segundo del artículo 19 de la Ley 18.410, podemos destacar la dictada con fecha 05 de marzo de 2019,⁷³ la cual señaló que “...disuade al administrado para no activar el control judicial de los actos de la administración”.⁷⁴ Por su parte, los Ministros que estaban por rechazar el requerimiento⁷⁵ señalaron que “...es la empresa requirente la que debe argumentar y demostrar al Tribunal que el pago de este monto significa un obstáculo de tal envergadura que impide, en términos económicos, cumplir con esta exigencia. Sin esta demostración, lo que se pide al Tribunal es un examen abstracto de la disposición, lo cual no es objeto de una acción de inaplicabilidad”.⁷⁶

voto particular que “...no existe, para toda situación, un derecho al no pago. Lo que sí existe, en cambio, es un derecho para acceder a la justicia sin la existencia de: (a) limitaciones que desnaturalicen el derecho a impugnar judicialmente una sanción administrativa; (b) limitaciones económicas que la entraben más allá de lo razonable”.

⁶⁷ *Compañía Eléctrica del Litoral S.A.* (2013), considerando séptimo letra b) de su voto disidente.

⁶⁸ *Compañía Eléctrica del Litoral S.A.* (2013), considerando décimo cuarto de su voto disidente.

⁶⁹ Werner (2017).

⁷⁰ Werner (2017), considerando sexto. Cabe señalar que el Ministro Juan Romero concurrió al rechazo basado en razones similares a las consignadas en la ya mencionada sentencia de fecha 07 de agosto de 2014, resaltando el considerando séptimo de su voto particular que “...no todo cobro de una suma de dinero constituye en sí mismo, sin ningún tipo de consideración adicional, una afectación inconstitucional del derecho de acceso a los tribunales de justicia”.

⁷¹ Ministros Iván Aróstica, Cristián Letelier, José Vásquez y la Ministra María Brahm.

⁷² Werner (2017), voto disidente.

⁷³ *La Cisterna Express Ltda.* (2017).

⁷⁴ *La Cisterna Express Ltda.* (2017), considerando décimo octavo. Cabe tener presente que, a diferencia de los casos anteriores, el Ministro Juan Romero concurrió al voto de mayoría, señalando el considerando sexto de su voto particular que “...la posibilidad de reclamación judicial se encuentra amenazada o en grave riesgo debido a la suma de dinero que debe consignarse”.

⁷⁵ Ministros Carlos Carmona, Gonzalo García y Nelson Pozo.

⁷⁶ *La Cisterna Express Ltda.* (2017), considerando décimo cuarto de su voto disidente.

Al igual que la sentencia recién mencionada, con fecha 10 de diciembre de 2019 el Tribunal Constitucional acoge un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del ya mencionado inciso segundo del artículo 19 de la Ley 18.410,⁷⁷ estableciendo que “...a partir de una consideración ajena a lo jurisdiccional –como es la posibilidad económica de consignar los valores monetarios exigidos, se priva a una de las partes de la controversia, del legítimo derecho a impugnar la sanción administrativa que le fuera impuesta”.⁷⁸ Sin embargo, el voto disidente⁷⁹ señaló que “...la empresa requirente no entrega datos que permitan constatar que se encuentra efectivamente impedida de consignar el 25% de la multa”.⁸⁰

6. Código del Trabajo

En materia laboral, el antiguo artículo 474 del Código del Trabajo, el cual contemplaba la exigencia del *solve et repete*, fue objeto de varios requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, los que fueron acogidos prácticamente en su totalidad. Es más, al existir un par de casos que declararon inaplicable en gestiones pendientes la referida disposición, se ejerció la acción de inconstitucionalidad para que cesara su vigencia *erga omnes*. Sin embargo, lo anterior se rechazó por el hecho de no obtener la mayoría exigida al respecto.

En cuanto a la acción de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de fecha 16 de abril de 2009, y tal como se indicó, la rechazó por el hecho de no reunirse el quórum suficiente.⁸¹ Los Ministros que estuvieron por acoger la acción⁸² señalaron que “...la tutela judicial efectiva y, más concretamente, la igualdad en el ejercicio de los derechos, que comprende la igualdad de acceso a la justicia, se ve afectada tanto si se impide que las decisiones administrativas sean revisadas por los tribunales como también si se introducen formalidades procesales que hagan ilusorio el ejercicio de ese derecho”.⁸³ Por su parte, los Ministros que rechazaron la acción⁸⁴ establecieron que “...la pervivencia de la norma resulta menos gravosa que su expulsión del sistema normativo, pues deja a salvo el requerimiento de inaplicabilidad a favor de las partes y, por otro lado, tiene fecha cierta de término de vigencia”.⁸⁵

En lo concerniente a los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional los acogió sistemáticamente. Así, en la sentencia dictada con fecha 01 de julio de 2008 y en la dictada con fecha 10 de julio del mismo año se estableció que “...la limitación al derecho a la tutela

⁷⁷ *Protekgas y Cía. Limitada* (2019).

⁷⁸ *Protekgas y Cía. Limitada* (2019), considerando décimo quinto.

⁷⁹ Ministros Gonzalo García, Nelson Pozo y la Ministra María Silva.

⁸⁰ *Protekgas y Cía. Limitada* (2019), considerando décimo tercero de su voto disidente.

⁸¹ *Rojas* (2008).

⁸² Ministros José Cea, Raúl Bertelsen, Mario Fernández, Jorge Correa, Marcelo Venegas y la Ministra Marisol Peña, con una prevención del Ministro Correa.

⁸³ *Rojas* (2008), considerando sexto voto disidente.

⁸⁴ Ministros Juan Colombo, Hernán Vodanovic, Enrique Navarro y Francisco Fernández, con una prevención del Ministro Navarro.

⁸⁵ *Rojas* (2008), considerando noveno. En relación a este último punto, cabe tener presente que la Ley N° 20.087, de 2006, que sustituyó el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo derogó expresamente el *solve et repete* de aquella disposición, aplicándose la referida sustitución en forma gradual en virtud de lo dispuesto en el artículo octavo de la Ley N° 20.252, de 2008, que sustituyó el artículo 1° transitorio de la Ley N° 20.087.

judicial que impone el precepto legal impugnado aparece despojada de la razonabilidad y justificación que precisaría para ser aceptada como constitucionalmente admisible a la luz de lo dispuesto en el N° 26 del artículo 19 de la Carta”.⁸⁶ El voto disidente en ambas sentencias emanó del Ministro Francisco Fernández, quien indicó que “...el precepto legal que se objeta por el actor y que es claramente una norma ordenatoria litis no puede tener incidencia alguna en la dilucidación del asunto que deberá fallar el aludido tribunal ordinario”.⁸⁷

Por su parte, en las sentencias dictadas con fecha 21 de julio, 27 de agosto y 27 de octubre, todas del año 2009, se estableció que “...el precepto legal impugnado, esto es, la exigencia de consignar una tercera parte de la multa como condición para poder reclamar judicialmente las multas administrativas por infracciones a la legislación laboral y de seguridad social, ha sido suprimido por la Ley N° 20.087...”.⁸⁸ Lo anterior contó con el voto en contra del Ministro Francisco Fernández y Carlos Carmona, quienes indicaron que “...la norma legal impugnada ya no puede recibir aplicación en la gestión pendiente que motivó el requerimiento, toda vez que el referido artículo 474 del Código del Trabajo dejó de tener vigencia...”.⁸⁹

En el mismo sentido, en las sentencias dictadas con fecha 27 de enero y 14 de julio, ambas del año 2011, se estableció que “...los diversos motivos que han llevado a esta Magistratura a impedir la aplicación particular o general de esta exigencia, se relacionan con la violación de los N°s 3° y 26° del artículo 19 de la Constitución”,⁹⁰ agregando ambas sentencias lo siguiente: “...se revela como un obstáculo infundado al inmediato cumplimiento de funciones jurisdiccionales que le asisten a los tribunales, sin ley orgánica constitucional mediante”.⁹¹ Por último, el voto disidente de la primera sentencia emanó del Ministro Hernán Vodanovic, Francisco Fernández y Carlos Carmona. Los primeros señalaron que “...la norma legal impugnada ya recibió aplicación en el caso concreto sub lite, toda vez que, por efecto de la propia resolución judicial que lo dispuso, ya operó el apercibimiento de tener por no presentado el reclamo por no haberse consignado el tercio de la multa impuesta a la requirente”⁹² y el último indicó lo siguiente: “...si dado el estado procesal en que se encontraba la causa, se pudo pedir, a esa altura, que se consignara-

⁸⁶ FM Seguridad S.A. (2007) y Sociedad Asesoría y Servicio Empresarial Limitada (2007), considerando cuadragésimo sexto. Lo anterior contó con la prevención del Ministro Jorge Correa, quien señaló en el considerando primero de su voto particular que “...la celeridad en el cumplimiento de las sanciones administrativas puede alcanzarse regulando los efectos del reclamo judicial o asegurando la prontitud en su resolución, sin que sea ni razonable ni prudente limitar severamente el acceso a la justicia para lograrlo”.

⁸⁷ FM Seguridad S.A. (2007) y Sociedad Asesoría y Servicio Empresarial Limitada (2007), considerando primero de su voto disidente.

⁸⁸ Link Service S.A. (2009, rol 1332-09); Transportes del Cobre S.A. (2009); Link Service S.A. (2009, rol 1382-09); Link Service S.A. (2009, rol 1391-09); Preuniversitario Pedro de Valdivia Limitada (2009); y Molino Caupolicán Limitada (2009), considerando undécimo.

⁸⁹ Link Service S.A. (2009, rol 1332-09); Transportes del Cobre S.A. (2009); Link Service S.A. (2009, rol 1382-09); Link Service S.A. (2009, rol 1391-09); Preuniversitario Pedro de Valdivia Limitada (2009); y Molino Caupolicán Limitada (2009), voto disidente.

⁹⁰ Farmacias Cruz Verde S.A. (2009) y Transportes ESERT S.A. (2010), considerando quinto.

⁹¹ Farmacias Cruz Verde S.A. (2009) y Transportes ESERT S.A. (2010), considerando sexto y quinto, respectivamente. Cabe señalar que la primera sentencia contó con las prevenciones de la Ministra Marisol Peña y del Ministro José Viera-Gallo. La primera señaló en su voto particular que “...alude [el considerando octavo] a una inconstitucionalidad, con efectos erga omnes, que no prosperó por falta de quórum en esta Magistratura Constitucional” y el segundo desarrolla su prevención en la segunda sentencia, indicando el considerando segundo del voto particular que “...la norma cuya aplicación se ha cuestionado, se refiere únicamente a una barrera de carácter procesal sin incidir en la determinación de las atribuciones u organización de los tribunales”.

⁹² Farmacias Cruz Verde S.A. (2009), voto disidente.

ra. En esa decisión, la norma impugnada no es relevante”.⁹³ A su vez, la segunda sentencia contó con el voto en contra del Ministro Carlos Carmona, quien indicó que “...antes de pronunciarse sobre si la consignación para reclamar es o no constitucional, es necesario despejar si esa norma le es aplicable, es decir, si se le aplica la nueva o la antigua normativa procesal laboral”.⁹⁴

7. Código Sanitario

En el ámbito sanitario, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de fecha 25 de mayo de 2009, declaró la inconstitucionalidad de este mecanismo que se establecía en el artículo 171 del Código Sanitario, señalando al respecto lo siguiente: “...la declaración de inconstitucionalidad hará cesar la vigencia de una severa restricción al derecho de accionar judicialmente para que se revisen las sanciones aplicadas por el Servicio Nacional de Salud, la que no encuentra justificación suficiente en la propia Carta Fundamental”.⁹⁵ Sin embargo, la decisión contó con el voto en contra de los Ministros Juan Colombo y Mario Fernández, quienes indicaron que “...el sancionado inconforme con la multa impuesta por la autoridad administrativa puede obtener tanto de ésta como del órgano jurisdiccional ante el que plantee su reclamación la orden de suspensión de los efectos del acto impugnado hasta que recaiga una decisión sobre el fondo de su inconformidad”.⁹⁶

Cabe señalar que, previamente, existieron varios requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que fueron acogidos y que, posteriormente, permitió que cesara *erga omnes* la exigencia del *solve et repete* contenida en la disposición mencionada. Así, la sentencia dictada con fecha 03 de enero de 2008 estableció que “...la aplicación de la norma impugnada puede significar que no se constituya la relación procesal, es decir, que no haya juicio. No dar curso a la demanda es resolver anticipadamente, por vía negativa, la procedencia de la acción”.⁹⁷ Lo anterior contó con el voto en contra del Ministro Francisco Fernández y del abogado integrante Francisco Zúñiga, quienes manifestaron que “...el precepto legal que se objeta por los actores y que es claramente una norma ordenatoria litis no puede tener incidencia alguna en la dilucidación del asunto que deberá fallar el aludido tribunal ordinario”.⁹⁸

Las sentencias dictadas con fecha 22 de julio y 28 de agosto, ambas del año 2008, y las dictadas con fecha 27 de enero y 02 de abril, del año 2009, establecieron que “...constituye una barrera injustificada y carente de razonabilidad al derecho de acceso a la justicia...”.⁹⁹

⁹³ Farmacias Cruz Verde S.A. (2009), considerando quinto de su voto disidente.

⁹⁴ Transportes ESERT S.A. (2010), considerando quinto de su voto disidente.

⁹⁵ Tribunal Constitucional (2009), considerando vigésimo primero. Esta sentencia contó con la prevención del Ministro Enrique Navarro, mencionando en el considerando sexto de su voto particular que “...se trata de una regla especialísima o presupuesto de admisibilidad de la acción, que obliga al juez necesariamente a considerar, al momento de poder tramitar la presentación judicial impugnatoria, independiente de la ejecución del acto mismo”.

⁹⁶ Tribunal Constitucional (2009), considerando tercero de su voto disidente.

⁹⁷ Pfeifer y otros (2007), considerando quinto.

⁹⁸ Pfeifer y otros (2007), considerando primero de su voto disidente. En el mismo sentido, el voto disidente de las sentencias dictadas en Sociedad Sergio Andrés Concha San Martín y Otro (2008), Pfeifer, Alegría y Polanco (2008) y Arco Arquitectura y Construcción Limitada (2008).

⁹⁹ Sociedad Sergio Andrés Concha San Martín y Otro (2008), considerando vigésimo noveno; Pfeifer, Alegría y Polanco (2008),

8. Ley que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras

Por último, el Tribunal Constitucional declaró mediante sentencia de fecha 18 de octubre de 2011, en forma unánime, que la primera parte del inciso segundo del artículo 43 del proyecto de ley sobre cierre de faenas e instalaciones mineras era constitucional.¹⁰⁰ Si se advierte, la norma no menciona expresamente alguna referencia a la exigencia del *solve et repete*; sin embargo, la sentencia aludida señaló que “...no se configura la exigencia de una consignación previa a la reclamación de multas, que esta Magistratura ha estimado inconstitucional por constituir un impedimento de acceso a la justicia, por transformar la acción judicial de reclamo en un mero proceso de reembolso y por existir otros medios legales que compelen a la justificación de la ejecutoriedad de los actos administrativos”.¹⁰¹

C. Sentido de las posturas a favor y en contra

Sobre la base del contenido de las sentencias que se acaban de mencionar, se puede visualizar que la mayor parte de éstas cuestionan este mecanismo procesal por contravenir normas establecidas tanto en nuestra actual Constitución Política (v.gr. artículo 19 N° 2, N° 3 y N° 26) como en convenciones y pactos internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes (v.gr. artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En este sentido, se puede colegir a grandes rasgos de esta postura lo siguiente: el derecho a reclamar está consagrado a nivel constitucional en el artículo 38 inciso segundo de la carta fundamental, sin sujetarlo o condicionarlo a requisito alguno; es indeterminada, carente de un límite, llegando muchas veces a cantidades que entran, más allá de lo razonable, el derecho de acceso a la justicia; lo que se discute no es la alta o baja cuantía a consignar, sino el hecho de pagar antes de reclamar; hace aplicable de inmediato la sanción, aunque la sentencia no esté firme, quedando menoscabada la reclamación que se interponga en sede jurisdiccional; la consignación se exige antes que el juez determine la razonabilidad de la reclamación; si la sanción administrativa se estima ilegal desde un principio, el pago previo no tendría razón de ser; no se puede considerar al reclamante como un infractor mientras la sentencia no esté firme; se obliga a consignar tanto al reclamante sin motivos plausibles para hacerlo como a aquél que tiene razones suficientes; disuade al administrado para activar el control jurisdiccional de los actos administrativos; se priva o limita el derecho a reclamar por razones económicas, que son ajenas a lo jurisdiccional; el cumplimiento más eficaz de sanciones

considerando vigésimo quinto; Arco Arquitectura y Construcción Limitada (2008), considerando vigésimo quinto; Sociedad de Servicios y Asesorías Swan (Chile) S.A. (2008), considerando trigésimo segundo; y Valdés (2008), considerando vigésimo sexto. Cabe señalar que la sentencia del 28 de agosto de 2008 contó con las prevenciones de los Ministros Mario Fernández, Marcelo Venegas y Enrique Navarro, quienes señalaron en su voto particular que “...si bien es cierto que la aplicación de un precepto legal perfectamente constitucional puede, en un caso concreto, resultar contraria a la Constitución y, por tanto, procederá decretar su inaplicabilidad en ese caso, también es cierto que deberá declararse igualmente la inaplicabilidad de aquél precepto legal que es per se contrario a la Constitución, con la diferencia de que su aplicación, si se hace valer lógicamente el principio de supremacía constitucional, no podría resultar conforme con la Constitución en ningún caso”. Por su parte, las dos sentencias dictadas con fecha 02 de abril de 2009 contaron con la prevención del Ministro Marcelo Venegas, quien señaló en su voto particular que “... una vez declarada la admisibilidad por la Sala respectiva, no es procedente que vuelvan a debatirse en el proceso los requisitos de admisibilidad de la cuestión...”.

¹⁰⁰ Honorable Senado (2011). Esta disposición de la Ley N° 20.551, de 2011, establece lo siguiente: “Las resoluciones que impongan multas serán siempre reclamables ante el juzgado de letras competente y aquellas no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta”.

¹⁰¹ Honorable Senado (2011), considerando vigésimo segundo.

administrativas puede lograrse por otras vías; es un obstáculo infundado al cumplimiento de las funciones jurisdiccionales de los tribunales sin que medie una ley orgánica constitucional al respecto; si la norma legal es inconstitucional en el caso concreto, también debiese serlo en abstracto, debido al principio de supremacía de la constitución; la reclamación jurisdiccional termina transformándose en un proceso de reembolso.

Sin perjuicio de lo anterior, se puede observar que se han dado varios argumentos para justificar el *solve et repete* dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en su gran mayoría a través de votos disidentes. Así, según se constató, se sostiene que desincentiva la litigación inoficiosa; da seriedad a la reclamación; no es desproporcionada ya que se establece un límite acotado para determinar su monto; el porcentaje a consignar es proporcional en relación al fin legítimo de la norma que lo establece; se analiza en concreto y no en abstracto su constitucionalidad, debiendo demostrarse ante el Tribunal que la consignación implica un obstáculo que impide cumplir con dicha exigencia; se reconoce en varios cuerpos legales; es una de las consecuencias de la presunción de legalidad o ejecutividad del acto administrativo que es objeto de reclamación, siendo posible solicitar la suspensión de los efectos del acto y, por ende, de la consignación previa; es, a su vez, un presupuesto de admisibilidad de la respectiva reclamación jurisdiccional, siendo, en consecuencia, una norma *ordenatoria litis* y no decisiva para la resolución de la gestión pendiente; en materia sancionatoria, se asegura la eficacia del servicio público que prestan los que eventualmente reclamen, incentivando una mejor coordinación y seguridad del sistema, restableciéndose además el orden previamente quebrantado en aras del bien común; no es irracional o arbitrario, ya que se evita que la ejecución de la sanción sea dilatada a través de la interposición del reclamo, especialmente si no tiene fundamento plausible; si el Tribunal Constitucional la declaró conforme a la Constitución al momento de efectuar el control de constitucionalidad del respectivo proyecto de ley que contenía esta exigencia, no se puede declarar inaplicable con posterioridad; no existe en la Constitución un derecho a no pagar, sino que existe un derecho para acceder a la justicia sin límites que lo desnaturalicen o entraben más allá de lo razonable.

V. HACIA UNA ERRADICACIÓN ÍNTEGRA Y NECESARIA DEL SOLVE ET REPETE

A. Aspectos generales

Tal como se ha observado y se visualizará a continuación, esta exigencia ha sido cuestionada mayoritariamente a nivel de doctrina, jurisprudencia, incluso por parte del legislador, ya sea derogando normativa que la consagraba o evitando incluirla en disposiciones que permitirían a la Administración del Estado la recaudación anticipada de dinero, justamente por ser contraria a nuestra carta fundamental.

En Chile, uno de los que ha cuestionado enérgicamente el *solve et repete* es Eduardo Soto Kloss, quien sostiene en general que “...el solo plantearse en una disposición de ley esa exigencia, la convierte en nula/ inexistente, por cuanto contraría frontalmente la Constitución (art. 7° en relación con el art. 6°),

vulnerando derechos tan fundamentales como la igual protección de los derechos, el acceso a la justicia, el derecho a la acción, el derecho al debido proceso, la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad, y la protección del contenido esencial de los derechos (art. 19 N°s. 3, 2, 24 y 26), como, asimismo, la plenitud jurisdiccional de los tribunales de justicia (art. 73/76).¹⁰²

En el extranjero también ha sido objeto de críticas la vigencia del pago previo para poder reclamar, propiciándose en algunos casos derechamente su franca retirada. Por ejemplo, en México, Miguel López menciona que *“...la regla solve et repete es, en nuestro país, un privilegio de la administración pública, que atenta contra el principio de igualdad de las partes en el proceso y ante la ley, ya que en muchas ocasiones el administrado o contribuyente está obligado a pagar antes de haber podido demostrar la inexistencia, ilegalidad o la inconstitucionalidad de la multa, del impuesto, del derecho o de cualquier otro crédito fiscal”*.¹⁰³ En el caso argentino, Patricio Maraniello señala que *“...nos hallamos frente a un choque de derechos constitucionales de marcada trascendencia sin solucionar; por el lado de los contribuyentes se encuentran los derechos de igualdad, de defensa en juicio, de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva –para utilizar terminología de la Constitución española y de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica– y por otro lado la renta del Estado, cuya recaudación fiscal resulta de vital importancia para el cumplimiento de sus fines específicos”*.¹⁰⁴ Por su parte, en el caso de España, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández indican que *“La Constitución de 1978 y su progresiva interpretación por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han erradicado los inaceptables y onerosos privilegios que tradicionalmente han acompañado al ejercicio por la Administración de la potestad sancionadora, como la exigencia del previo pago o depósito del importe de la sanción para poder recurrir contra la misma en la vía contencioso-administrativa, el odioso solve et repete, que limitaba a los ricos la posibilidad misma de recurrir”*.¹⁰⁵

Así, podemos señalar que los cuestionamientos generales tanto a nivel nacional como extranjero recientemente constatados se enfocan básicamente en la vulneración a la igualdad ante la ley, a la igual protección del legislador en el ejercicio de los derechos, al derecho de propiedad y al contenido esencial de estos derechos, entre lo más evidente, adoptándose una postura tendiente a la protección de los derechos públicos subjetivos del administrado. Al contrario, quienes justifican la existencia del *solve et repete*, ya sea por el hecho de aplicarse en forma razonable o pretender asegurar el cumplimiento de una sentencia que implique eventualmente el pago de algún monto que ha sido determinado con anterioridad en el acto administrativo que es objeto de reclamación, se encaminan en la búsqueda de un mecanismo recaudatorio anticipado que implique satisfacer las necesidades públicas de una forma más rápida o eficiente, inhibiendo al administrado para que ejerza la respectiva acción de carácter contencioso administrativa o, a lo menos, imponiendo el pago anticipado del total o de una parte del monto establecido por nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁰² SOTO (2011), p. 252.

¹⁰³ LÓPEZ (2009), p. 214.

¹⁰⁴ MARANIELLO (2008), p. 114-115.

¹⁰⁵ GARCÍA y FERNÁNDEZ (2020b), p. 225.

B. Vulneración a la igualdad ante la ley

Ahora bien, si revisamos alguno de los cuestionamientos que se efectúa al *solve et repete*, podemos advertir que uno de los más nítidos se refiere a la existencia de una vulneración a la igualdad ante la ley. En relación a este punto, Rafael de Mendizábal sostenía hace más de cincuenta años que esta exigencia “...destruye el inestable equilibrio de las partes litigantes”, agregando que “significa, además, una discriminación en perjuicio de los económicamente débiles”.¹⁰⁶ En el mismo sentido, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández indicaban que el *solve et repete* “cega la vía procesal a quien careciese de recursos económicos”.¹⁰⁷ Por su parte, Sebastián Lewis señala que “...hay una evidente desigualdad de armas. Y esta desigualdad comienza en la preparación de la controversia. En efecto, para que la demanda sea acogida a trámite, debe presentarse el comprobante que acredite haberse efectuado el previo pago a favor del Estado. Es decir, sólo puede demandarse al Estado si es que se ha pagado previamente lo que el legislador exige”, agregando que “...jamás el Estado ha tenido que pagar previamente para poder reclamar de algo que estima se le debe”.¹⁰⁸

Eso sí, hay que tener presente que, en los casos vigentes de *solve et repete*, el monto que se debe consignar se va adecuando al porcentaje establecido previamente por el legislador, pero que irá variando en concreto conforme a la cuantía determinada en el acto administrativo terminal que será eventualmente objeto de reclamación jurisdiccional. Así, podemos encontrar consignaciones relativamente bajas (v.gr. el artículo 113 del Decreto con Fuerza de Ley que regula los organismos públicos de salud, el ejercicio del derecho constitucional a la protección a la salud, el régimen de prestaciones de salud y el sistema privado de salud establece un tope de 5 unidades tributarias mensuales, cualquiera sea la naturaleza de la resolución de la Superintendencia de Salud que será objeto de reclamación);¹⁰⁹ consignaciones bastante elevadas (v.gr. los artículos 16 y 16 A de la Ley que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles indican que las multas impuestas por esta Superintendencia pueden llegar a diez mil unidades tributarias anuales,¹¹⁰ monto que servirá de base para calcular la consignación propiamente tal); es más, podemos observar consignaciones cuyo monto elevado o reducido no es posible establecer *ex ante* (v.gr. el artículo 11 del Código de Minería señala que el monto máximo de la multa aplicable, la cual servirá para determinar el valor de la consignación, puede ser hasta por el valor de mercado de los productos de que se trate).¹¹¹

De lo expuesto, se puede sostener que el mantener esta exigencia en los casos actualmente vigentes genera una evidente discriminación arbitraria especialmente en materia económica; y no hay que enfocarse necesariamente respecto de aquellos que quizá no tienen los medios económicos para consignar la suma exigida por el legislador para acceder a la justicia, sino que a los administrados

¹⁰⁶ DE MENDIZÁBAL (1964), p. 155.

¹⁰⁷ GARCÍA Y FERNÁNDEZ (2020b), p. 669.

¹⁰⁸ LEWIS (2011), p. 482-483.

¹⁰⁹ Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2006.

¹¹⁰ Ley N° 18.410, de 1985.

¹¹¹ Ley N° 18.248, de 1983.

que sí cuentan con los medios para pagar aquella suma y que, por este solo hecho, los tribunales los compelen a consignar para poder reclamar. Recordemos que el inciso final del artículo 19 N° 2 de la actual Constitución Política establece que “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.¹¹² En el mismo sentido, el artículo 2 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impone al Estado el deber de respetar y garantizar los derechos reconocidos en este Pacto, sin distinguir la “posición económica”,¹¹³ concepto que es reiterado en el artículo 26 de esta normativa al reconocer que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley, agregando que la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de posición económica o condición social, entre otros.¹¹⁴

C. Presunción de inocencia

Otro cuestionamiento que se ha efectuado al *solve et repete* dice relación con la presunción de inocencia, situación que inmediatamente nos da a entender que existe un procedimiento administrativo sancionador que antecede el ejercicio de la acción contencioso administrativa respectiva.

Así, tal como se pudo constatar, la mayor parte de los contenciosos administrativos especiales consignados en este trabajo que contienen el previo pago para poder reclamar cuestionan un acto administrativo de naturaleza sancionatoria, cuya decisión comúnmente implica la imposición de una multa, exigiéndose el total o una parte de esta sanción para el ejercicio efectivo de la acción. Al respecto, José Miguel Valdivia señala que “Algunas disposiciones legales relativas a la impugnación de sanciones administrativas pecuniarias, ordenan como requisito previo a la interposición de acciones judiciales, la consignación de un monto de la multa”.¹¹⁵ A su vez, Eduardo Cordero establece que el *solve et repete* “... es una institución de naturaleza procesal propia de la impugnabilidad de las sanciones administrativas, específicamente de las multas”.¹¹⁶

En este sentido, y considerando que la presunción de inocencia se aplica genuinamente en el ámbito penal, Luis Cordero menciona que “...la Corte Suprema se ha pronunciado utilizando el mismo relato del Tribunal Constitucional al afirmar la existencia de un único *ius puniendi* del Estado y la aplicación matizada de las garantías del derecho penal al derecho administrativo sancionador...”.¹¹⁷ En relación a esto último, y desde la óptica del procedimiento administrativo propiamente tal en virtud del cual se aplicará, una vez concluido, la sanción a través de un acto terminal que eventualmente será objeto de reclamación jurisdiccional, Cristóbal Osorio sostiene que “el principio de presunción de inocencia es aplicable al procedimiento administrativo sancionador, más allá de los cuestionamientos y cavila-

¹¹² Decreto N° 100, de 2005.

¹¹³ Decreto N° 778, de 1989.

¹¹⁴ Decreto N° 778, de 1989.

¹¹⁵ VALDIVIA (2018), p. 395.

¹¹⁶ CORDERO QUINZACARA (2014), p. 435.

¹¹⁷ CORDERO VEGA (2020), p. 105.

ciones de la jurisprudencia. Por un lado, al tener la autoridad administrativa la carga de la prueba de acreditar los cargos formulados, en la etapa administrativa; y, por otro lado, por el deber de la autoridad administrativa de dar un trato justo y de inocente al presunto infractor durante la sustanciación del procedimiento”.¹¹⁸ Por su parte, y desde el punto de vista de la sanción propiamente tal, Eduardo Soto Kloss establece que “...la “presunción de inocencia” está contemplada expresamente en el artículo 8° N° 2 de dicha Convención [Americana sobre Derechos Humanos], y es tan aplicable a sanciones penales como a “sanciones administrativas”, que son igualmente “penas”, de acuerdo al artículo 20 del Código Penal nuestro (desde que al decir que no “se reputan” o “consideran” penas, el legislador ha reconocido explícita y formalmente que son penas)”.¹¹⁹

Así, puede observarse que parte de la doctrina chilena hace aplicable el principio penal de la presunción de inocencia en favor del administrado cuando estamos ante un acto administrativo de naturaleza sancionatoria, la cual se manifiesta no solo en el procedimiento administrativo propiamente tal, sino que se extiende al proceso contencioso administrativo posterior hasta que no quede firme la sentencia que se dicte, siendo coherente esta idea con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al exigirse que se presuma la inocencia del inculcado mientras no se establezca o compruebe legalmente su culpabilidad, normas que necesariamente deben vincularse con lo dispuesto en el artículo 5 inciso segundo de nuestra carta fundamental al reconocerse el respeto y promoción por parte del Estado de los derechos esenciales garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Ahora bien, si revisamos parte de la doctrina extranjera, podemos observar que también se aplica este principio en materia sancionatoria. En este sentido, Alejandro Nieto constata que “«Todos tienen derecho –proclama solemnemente el artículo 24.2 de la Constitución [española]– a la presunción de inocencia»; y esto vale tanto para el Derecho Administrativo Sancionador como para el Derecho Penal...”.¹²⁰ Por su parte, Maximiliano Rajman y Esteban Salcedo sostienen que “...la objeción más grave proviene del derecho penal y se refiere a la presunción de inocencia de toda persona, lo cual implica que la misma no se puede romper hasta que no exista una sentencia judicial firme que declare lo contrario”.¹²¹

Establecido lo anterior, podemos advertir que se produciría una aparente colisión entre la aplicación de la presunción de inocencia y la presunción de legalidad, validez o legitimidad que conlleva la dictación del acto administrativo sancionatorio y que, en concreto, exigirá la multa, ya sea en su totalidad o en un porcentaje, para ejercer la acción contencioso-administrativa. Al respecto, Yaneisi Bencomo indica que “Respecto a este último derecho –presunción de inocencia– el solve et repete se revela abiertamente en su contra, pues obligar al pago del tributo y de la sanción administrativa como requisito o presupuesto necesario para poder reclamar, equivale a presumir la veracidad del acto sancionatorio,

¹¹⁸ OSORIO (2017), p. 371.

¹¹⁹ SOTO (2012), p. 496.

¹²⁰ NIETO (2005), p. 414.

¹²¹ RAJMAN Y SALCEDO (2012), p. 230.

destruyendo así la presunción que supone inocente al inculpado hasta obtener un pronunciamiento definitivo por el órgano jurisdiccional correspondiente.¹²²

En este punto, y más allá que el legislador contemple en casos específicos el *solve et repete*, podría aducirse por parte de quienes están a favor de esta exigencia que su aplicación tendría sustento en la presunción de legalidad del respectivo acto administrativo, sosteniendo Jorge Bermúdez al respecto que “...una vez dictado el acto éste se presume legal y, por tanto, se ejecuta”.¹²³ Es más, lo anterior ya era constatado hace años por José María Martín en los siguientes términos: “Desde el punto de vista, con preferencia, del Derecho material administrativo, se ha dicho que el fundamento del requisito del previo pago podría verse, o bien en una presunción (genérica) de legitimidad de los actos administrativos, o bien, más concretamente, en el principio de ejecutividad de dichos actos”.¹²⁴ Así, esta presunción de legalidad permitiría a la Administración del Estado obtener una recaudación anticipada a través de un efecto propio del acto administrativo, y más precisamente de las potestades atribuidas por el ordenamiento jurídico a aquélla, como lo es la autotutela ejecutiva, sin necesidad de esperar un pronunciamiento jurisdiccional.

Ahora bien, parte de la doctrina sostiene que la presunción de legalidad no sería una presunción en sentido estricto. Así, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández la consideran como un mecanismo de autotutela previa o provisional, indicando que “La supuesta presunción de verdad de los actos administrativos no es tal, sino un mecanismo de autotutela previa o provisional que presume sólo la validez en tanto ésta no se destruya a través de un medio impugnatorio...”.¹²⁵ En el mismo sentido, Iván Hunter señala que “...existe consenso en la doctrina del Derecho Administrativo que la presunción de legalidad de los actos solo impone al ciudadano la carga de impugnarlos ante los tribunales de justicia”.¹²⁶ Es más, el mismo autor agrega que constituiría una ficción legal, al mencionar que “la presunción de legalidad se vincula más bien a las ficciones en un sentido amplio, cuyo fundamento radica en la necesidad de que la Administración pueda cumplir inmediatamente sus actos para satisfacer las necesidades públicas de manera eficaz y eficiente”.¹²⁷

En consecuencia, y tal como ya se consignó al principio de este trabajo, el *solve et repete* no es una consecuencia intrínseca o propia del acto administrativo que se pretende cuestionar en sede jurisdiccional, considerando que la Administración del Estado no adopta una posición proactiva tendiente a que se ejecute aquel acto, sino que derechamente es una exigencia o carga impuesta por el legislador de carácter netamente procesal, donde la Administración sólo tendrá que esperar que el sujeto afectado por el acto administrativo pague para poder reclamar, generándose así la restricción, limitación o impedimento para acceder al tribunal por parte del justiciable: *a priori*, será un disuasivo para el

¹²² BENCOMO (2017), p. 147.

¹²³ BERMÚDEZ (2014), p. 160.

¹²⁴ MARTÍN (1974), p. 160.

¹²⁵ GARCÍA y FERNÁNDEZ (2020b), p. 205.

¹²⁶ HUNTER (2016), p. 230.

¹²⁷ HUNTER (2016), p. 231.

sujeto que pretende cuestionar el acto administrativo en el plazo contemplado por el legislador para ejercer la respectiva acción contencioso administrativa, dentro de cuyo cómputo (por lo menos en la mayor parte de los casos consignados en este trabajo) se debe pagar el porcentaje exigido por la norma; y, *a posteriori*, se impedirá la obtención tanto de una tutela jurisdiccional efectiva como de un efectivo control de los actos de la Administración del Estado por parte del juez llamado a conocer del asunto. Además de lo anterior, hay que tener en consideración la normativa de derechos humanos a la que ya se hizo referencia que consagra la presunción de inocencia, que a la sazón debe ser respetada y promovida por los órganos de la Administración del Estado y que, en definitiva, se impondría frente a la presunción de legalidad ya que, si se aplicara esta última, se estaría exigiendo de facto y en forma anticipada la multa o un porcentaje de ésta sobre la base de una presunción, trasladando la carga de la prueba de comprobar su inocencia al administrado y sin esperar la sentencia de fondo que dicte el tercero imparcial llamado a conocer y resolver la respectiva acción contencioso administrativa. En este sentido, Juan Carlos Cassagne indica que *“...una consecuencia trascendente de esta presunción [de inocencia], que viene dada por la necesidad de que se pruebe de una manera efectiva la culpabilidad del particular, consiste en el desplazamiento, en materia penal, de las presunciones de legalidad de los actos administrativos que, de mantenerse, conducirían a transferir la carga de la prueba al acusado, con la obligación consiguiente de acreditar su inocencia...”*¹²⁸

D. Efectivo acceso a la justicia

Sin perjuicio de lo expuesto hasta ahora, hay que considerar que la vulneración más evidente que trae aparejada la vigencia del *solve et repete* se da en relación al efectivo acceso a la justicia. Al respecto, Tomás Quintana establecía hace un par de décadas que *“...el mantenimiento del «solve et repete», como cualquier medio que dificulte la judicialización de la actividad administrativa, se pone al servicio de una Administración viciada, desvinculada de la legalidad, al saberse parapetada por numerosos obstáculos, y éste sin duda es uno de ellos, que ponen trabas al acceso del administrado a los Tribunales de Justicia”*.¹²⁹ Ahora bien, si enfocamos este tema desde un punto de vista normativo, podemos destacar que el derecho de acceso a la justicia reconocido por nuestra carta fundamental está estrechamente vinculado con el derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, el cual está reconocido tanto en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos como en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, en la mayor parte de los casos donde opera el *solve et repete* ni siquiera se alcanza la plenitud de aquel derecho, ya que el legislador ordena que la consignación se efectúe incluso antes de ejercer la acción contencioso administrativa, exigiéndose además que se acompañe a la respectiva reclamación el comprobante de pago, generándose además una finalidad paralela consistente en inhibir el ejercicio de la acción. Así, en el caso que no se cumpla con la exigencia mencionada, lo más probable es que el tribunal otorgará un plazo judicial, generalmente de tres días, para acompañar el comprobante de consignación, bajo el apercibimiento de tener por no presentada la reclamación jurisdiccional, haciendo ineficaz el ejercicio de la acción y trayendo como consecuencia la vulneración no solo del artículo 19 N° 3 de nuestra actual Constitución, sino

¹²⁸ CASSAGNE (2017), p. 263.

¹²⁹ QUINTANA (1985), p. 760.

que del artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, los cuales exigen al Estado que se respeten los derechos y libertades reconocidos en estos instrumentos, garantizando su libre y pleno ejercicio, destacando dentro de éstos el derecho a ser oído por el tribunal competente.

Con todo, para contrarrestar esta situación, se podría solicitar al tribunal al momento de presentar la reclamación jurisdiccional que se suspenda el pago de la consignación mientras se justifique la imposibilidad económica de pagar el porcentaje exigido por el legislador, lo cual se mantendría mientras no mejore durante el juicio la capacidad contributiva del reclamante. Esta solución es coherente para quienes estiman al *solve et repete* como una manifestación de la autotutela ejecutiva del órgano de la Administración del Estado que dicta el acto administrativo que será objeto de reclamación jurisdiccional. Al respecto, Allan Brewer señalaba que “*De la ejecutividad del acto administrativo y subsiguiente posibilidad, en su caso, de ejecución forzosa, se ha llegado a extraer la consecuencia de que la impugnación de cualquier acto administrativo que implique liquidación de un crédito a favor del Estado sólo es posible si el particular se aviene previamente a realizar el pago que se discute*”.¹³⁰ Aunque lo recién expuesto, en términos prácticos, y de conformidad a lo dispuesto en el inciso final del artículo 3 de la Ley 19.880, será una petición estrechamente vinculada, pero accesoria, a la solicitud de suspensión del acto administrativo propiamente tal.

En el extranjero, en términos similares, y a través del denominado “*incidente de litigar sin solve et repete*”, Patricio Maraniello señala que “*...se suspenderá [para el administrado] durante la tramitación del procedimiento el cumplimiento de su obligación fiscal, siempre y cuando durante el proceso no mejore su capacidad contributiva o no se resuelva en forma contraria la acción principal*”.¹³¹ Aunque cabe tener presente que, en Chile, la vía más efectiva para evitar el *solve et repete* ha sido a través de la interposición de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en virtud de los cuales se solicita que no se aplique la disposición que contiene dicha exigencia por parte del tribunal que conoce y debe resolver la gestión pendiente originada por el ejercicio de la respectiva acción contencioso administrativa especial.

Sin perjuicio de lo anterior, durante las últimas décadas se ha avanzado en la eliminación de algunos casos que mantenían esta exigencia dentro nuestro ordenamiento jurídico a través de su derogación por parte del legislador o del Tribunal Constitucional. En el primer caso, han existido varias leyes que la han derogado de contenciosos administrativos especiales que antes la contemplaban (v.gr. Ley General de Bancos, Ley de Valores y Seguros -actual Ley que crea la Comisión para el Mercado Financiero-, entre otras) y, en el segundo caso, se ha hecho a través de la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado (v.gr. artículo 171 del Código Sanitario). Aunque lo anterior aún no es suficiente, ya que se constató que el *solve et repete* se encuentra vigente en varias acciones contencioso administrativas especiales, lo cual contraviene no sólo las convenciones y pactos internacionales ya mencionados en materia de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuen-

¹³⁰ BREWER (1967), p. 24.

¹³¹ MARANIELLO (2004), p. 13.

tran vigentes (instrumentos que obligan al Estado a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para la efectividad de los derechos y garantías reconocidos en éstos), sino que la propia carta fundamental, ya que no se estarían respetando por parte del Estado los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como sería el derecho a ser oído o acceder de una manera efectiva a un tribunal de justicia.

A pesar de lo dicho hasta ahora, hay opiniones que darían a entender que el *solve et repete* se impondría o prevalecería por sobre el derecho de acceso a la justicia, cobrando relevancia en este punto el principio de razonabilidad y proporcionalidad, teniendo presente eso sí que estos últimos no constituyen lo mismo, aunque están estrechamente vinculados. Al respecto, José Martínez y Francisco Zúñiga establecen que “...la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad, siendo ésta una consecuencia o manifestación de aquélla, mediante la cual se puede llegar a determinar si una actuación estatal es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin”.¹³² En este sentido, perfectamente se podría alegar desde una postura que privilegie el interés general por sobre el particular la imposición de barreras económicas para acceder a un tribunal con la finalidad de recaudar anticipadamente dinero que, en el mayor de los casos, irá a beneficio fiscal. El problema es que, para alcanzar esta finalidad, se utiliza un mecanismo recaudatorio que genuinamente no deriva del acto administrativo en contra del cual se pretende ejercer la acción especial contencioso administrativa dispuesta por el legislador, tal como se ha recalcado en párrafos anteriores, sino que precisamente deriva y, a su vez, afecta el ejercicio de la misma acción.

Siguiendo este orden de ideas, y tal como se pudo apreciar cuando se plasmó el criterio que ha adoptado al respecto el Tribunal Constitucional, especialmente a través del conocimiento de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, se puede observar que en algunos casos se ha aceptado el *solve et repete* acudiendo al principio de proporcionalidad al momento de aplicarlo. Referente a esto, Rodrigo Céspedes constata que “...en opinión del Tribunal [Constitucional] la restricción al acceso a la justicia y el debido proceso no es desproporcionada. La esencia de estos no es afectada y la restricción tiene un fin legítimo”.¹³³ En el mismo sentido, Juan Carlos Ferrada observa que “...en nuestro derecho –al menos en la interpretación de nuestro más alto tribunal en la materia– el privilegio procesal de la administración denominado “*solve et repete*” no es per se contrario a la constitución, sino sólo cuando ella pudiera impedir –en términos abstractos– el efectivo acceso de los particulares a la jurisdicción”.¹³⁴ Sin embargo, en el extranjero, Maximiliano Raijman y Esteban Salcedo señalan que “El principio *solve et repete* cuestionado, adolece de una evidente falta de proporcionalidad entre el objetivo perseguido, asegurar la normal y regular percepción de la renta pública, y el medio utilizado para ello, la restricción del derecho de defensa. No basta que el fin perseguido sea constitucionalmente lícito y que el medio sea eficaz”.¹³⁵ Así, tal como ya se ha manifestado, la finalidad de recaudar dinero en forma antici-

¹³² MARTÍNEZ Y ZUÑIGA (2011), p. 201.

¹³³ CÉSPEDES (2018), p. 127.

¹³⁴ FERRADA (2007), p. 86.

¹³⁵ RAIJMAN Y SALCEDO (2012), p. 230.

pada por parte de la Administración del Estado se estaría logrando a través de un mecanismo que no corresponde, esto es, un supuesto ejercicio por parte de esta última de sus potestades de autotutela, siendo que en realidad el medio que se estaría utilizado sería la limitación, restricción o inhibición del ejercicio de la acción contencioso administrativa especial que el destinatario del acto administrativo pretende ejercer en sede jurisdiccional.

Por su parte, en cuanto a la razonabilidad en la aplicación del *solve et repete*, Edesio Carrasco señala que “...el TC [Tribunal Constitucional] determina que cualquier impedimento ilegítimo impuesto a las personas para acceder a la justicia, como lo es el *Solve et repete*, atenta contra la garantía consagrada en el inciso primero del artículo 19 N° 3 de la CP, pues limita más allá de lo razonable dicho derecho y hace ilusorio el reconocimiento de derechos si estos no cuentan con medios eficaces (ausentes de privilegios estatales) para protegerlos”¹³⁶. Sobre la base de lo recientemente expuesto, se puede observar una dicotomía o contradicción entre el establecimiento legal de la exigencia del *solve et repete* y la norma constitucional que consagra el derecho de acceso a la justicia, ya que el solo hecho de alterar, limitar o impedir el ejercicio de este último afectaría su contenido esencial al hacer ineficaz su ejercicio, en el entendido que el litigante sea renuente en cuanto al cumplimiento de aquella exigencia.

Finalmente, y teniendo presente que el *solve et repete* se aplica en su gran mayoría en materia sancionatoria, Marcelo Araya establece que “...no resulta lógico ni proporcional, respecto de la relación Estado sancionador-particular, la existencia de un medio anticipado de recaudación sobre la multa cursada, considerando que, no obstante la reclamación judicial, la prerrogativa de ejecutoriedad de la sanción administrativa (entendida ésta como la posibilidad de cumplimiento compulsivo de la misma, una vez afinado el respectivo procedimiento administrativo sancionador) permanece incólume”¹³⁷. A su vez, y plasmando una idea similar, Yaneisi Bencomo menciona que “El *solve et repete* tampoco es proporcionado ni razonable: no sólo porque veda el acceso a la instancia judicial, sino también porque, en definitiva, impide el acceso a los distintos recursos que prevé el ordenamiento jurídico, a un sistema efectivo de protección cautelar a las pretensiones del particular, a la observación de ciertas garantías que aseguren el derecho a un debido proceso y, en fin, a la obtención de una sentencia eficaz y a su correspondiente ejecución”¹³⁸.

De conformidad a lo anterior, se puede sostener que, una vez dictado el respectivo acto administrativo, la Administración del Estado puede, en forma paralela al eventual ejercicio de la acción contencioso administrativa especial contemplada por el legislador, ejercer sus poderes jurídicos de autotutela administrativa, salvo que se disponga en su oportunidad la suspensión de los efectos del acto administrativo. Pero las potestades que aquélla detenta deben ejercerse de acuerdo a las prerrogativas expresamente establecidas por el legislador, sin desviar la finalidad contemplada por la norma. Así, tal como ya se ha expresado, con el *solve et repete* se pretende privilegiar el interés general por sobre el

¹³⁶ CARRASCO (2008), p. 228.

¹³⁷ ARAYA (2013), p. 120.

¹³⁸ BENCOMO (2013), p. 22.

particular, pero lo que se observa es que su propósito se transforma en un mecanismo de inhibición y limitación del ejercicio de la acción, impidiendo un control efectivo de la actuación de la Administración del Estado mediante una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del asunto.

VI. CONCLUSIONES

1.- El *solve et repete* constituye un privilegio procesal del cual goza la Administración del Estado, en el sentido de ser una exigencia de carácter económica impuesta por parte del legislador al sujeto que pretende acceder a la justicia cuestionando un determinado acto administrativo. El control y la observancia de esta exigencia se efectúa por parte del tribunal competente en la etapa de admisibilidad de la acción contencioso administrativa especial que contempla este mecanismo, sin perjuicio que se efectuó el mismo examen al momento de dictarse la sentencia, pero generando el mismo efecto consistente en evitar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto si es que el litigante fue renuente en el cumplimiento de aquella exigencia.

2.- Así, tal como se mencionó en el presente trabajo, este mecanismo anticipado de recaudación, cuya exigencia se disfraza como una prerrogativa propia de la Administración del Estado a través del ejercicio de sus poderes de autotutela, opera en realidad limitando, restringiendo o inhibiendo el pleno ejercicio de la acción contencioso administrativa especial que el destinatario del acto administrativo pretende ejercer en sede jurisdiccional. Así, en relación a esto último, se debe indicar que actualmente existen en forma nítida once casos directos en nuestro ordenamiento jurídico administrativo en los que se contempla esta exigencia, sin perjuicio que hay varias acciones o reclamaciones jurisdiccionales que se remiten al contencioso administrativo establecido en el artículo 69 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, norma que contiene precisamente el *solve et repete*.

3.- Su constitucionalidad, tal como se expuso, es cuestionable en demasía. Algunos miembros del Tribunal Constitucional la han aceptado en ciertos casos, especialmente cuando se aplica en forma proporcional o razonable; aunque en su gran mayoría el tribunal ha inaplicado este mecanismo en los casos concretos presentados a su conocimiento y decisión, principalmente por considerar que existe una evidente limitación al acceso a la justicia. Es más, a tal punto ha llegado este reproche, que en su oportunidad se derogó de oficio esta exigencia que se contenía en el artículo 171 del Código Sanitario. Aunque cabe señalar que, en la mayor parte de los casos conocidos por el Tribunal Constitucional, ya sea al resolver la inaplicabilidad o derechamente la inconstitucionalidad del respectivo precepto legal, no ha existido votación unánime para acogerlos o rechazarlos.

4.- Relacionado con el criterio adoptado por gran parte de los miembros del Tribunal Constitucional durante la época en que se ha discutido la constitucionalidad del *solve et repete*, la doctrina nacional y extranjera, en su gran mayoría, cuestiona este mecanismo, poniendo énfasis no solo en la limitación, restricción o impedimento existente para tener un acceso efectivo a la justicia, sino que en la vulneración a la igualdad ante la ley, la cual se ha enfocado principalmente en el monto o cuantía de la consignación, y en la observancia de la presunción de inocencia que beneficia a quien pretende cuestionar

el acto administrativo dictado por la Administración del Estado, considerando que la mayor parte de los casos de *solve et repete* existentes en nuestro ordenamiento jurídico administrativo se enmarcan en un contexto de aplicación de multas.

5.- Sobre la base de todo lo expuesto, se puede percibir que existe una voz potente que exige que este mecanismo se elimine íntegramente de nuestro ordenamiento jurídico con el objeto de adecuarlo no solo a los derechos y garantías consagradas en nuestra actual Constitución, sino que a las convenciones internacionales en materia de derechos humanos suscritas por Chile y que se encuentran actualmente vigentes, las cuales propenden principalmente a que el acceso a la justicia sea eficaz, es decir, sin traba alguna.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ARAYA ROJAS, Marcelo (2013): “El solve et repete frente al derecho administrativo sancionador. Un examen de legitimidad”, en: *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado Facultad de Derecho Universidad de Chile* (núm. 3).
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2008): “Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena. Una visión crítica a la luz de la Constitución”, en: *Revista Ius Publicum* (núm. 20).
- BENCOMO FARIÑAS, Yaneisi (2013): “Solve et repete vs. Tutela judicial en cuba: tema pendiente en el derecho procesal constitucional”, en: *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (núm. 28).
- BENCOMO FARIÑAS, Yaneisi (2017): “El solve et repete en el panorama tributario cubano: privilegio administrativo que limita el ejercicio de los derechos humanos”, en: *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (núm. 37).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General*, 3ª edición (Santiago de Chile, editorial Legal Publishing Chile).
- BREWER CARÍAS, Allan (1967): “Aspectos de la ejecutividad y de la ejecutoriedad de los actos administrativos fiscales y la aplicación del principio solve et repete”, en: *La justicia* (Vol. XXVI, núm. 451).
- CARRASCO QUIROGA, Edesio (2008): “Acceso a la justicia, igualdad ante la ley y el término del solve et repete: un valioso cambio en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, en: FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo (editor), *Sentencias Destacadas 2008. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago de Chile, Libertad y Desarrollo).
- CASSAGNE, Juan Carlos (2017): *Derecho Administrativo*, 2ª edición (Lima, Perú, editorial Palestra Editores), t. II.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo (2018): “Proporcionalidad en la jurisprudencia judicial y administrativa chilena”, en: *Revista de Derecho Administrativo económico* (núm. 26).
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014): “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (Vol. 42, núm. 1).
- CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2ª edición (Santiago de Chile, editorial Legal Publishing).

- CORDERO VEGA, Luis (2020): *El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia* (Santiago de Chile, DER Ediciones).
- DE MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael (1964): “Significado actual del principio “solve et repete””, en: *Revista de Administración Pública* (núm. 43).
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás (2014): “La excepcional autotutela ejecutiva de los actos administrativos en Chile”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, (año 21, núm. 2).
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2007): “Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno”, en: *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* (vol. XX núm. 2).
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás (2020a): *Curso de Derecho Administrativo*, 19ª edición (Navarra, España, editorial Aranzadi), t. I.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás (2020b): *Curso de Derecho Administrativo*, 16ª edición (Navarra, España, editorial Aranzadi), t. II.
- HUNTER AMPUERO, Iván (2016): “¿Es la presunción de legalidad de los actos administrativos una regla de carga de la prueba?”, en: ARANCIBIA MATTAR, Jaime y ROMERO SEGUEL, Alejandro (coordinadores), *La prueba en la litigación pública* (Santiago de Chile, editorial Librotecnia).
- LAVIÉ PICO, Enrique (2013): “La inconstitucionalidad de la exigencia del pago previo (solve et repete) de una multa para habilitar la instancia judicial”, en: ALONSO REGUEIRA, Enrique (Director), *Estudios de Derecho Público* (Buenos Aires, Argentina, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires).
- LEWIS RIPOLL, Sebastián (2011): “El solve et repete. Estudio de una regla que debe ser derogada”, en: ARANCIBIA MATTAR, Jaime, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ROMERO SEGUEL, Alejandro (coordinadores), *Litigación pública* (Santiago de Chile, editorial Legal Publishing Chile).
- LEWIS RIPOLL, Sebastián (2012): “El solve et repete y el Tribunal Constitucional de Chile”, en: *Revista Ius Publicum* (núm. 28).
- LEWIS RIPOLL, Sebastián (2014): “La regla solve et repete en Chile”, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca* (vol. 12 núm. 2).
- LÓPEZ OLVERA, Miguel (2009): “La regla solve et repete en el Derecho Administrativo Mexicano”, en: *Revista AÍDA-Ópera prima de Derecho Administrativo* (núm. 6).
- MARANIELLO, Patricio Alejandro (2004): “El incidente de beneficio de litigar sin solve et repete”, en: *Revista de Derecho Público de la Editorial Rubinzal Culzoni* (núm. 1).
- MARANIELLO, Patricio Alejandro (2008): “Las limitaciones económicas al acceso a la justicia”, en: *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (núm. 21).
- MARTÍN OVIEDO, José María (1975): “La decadencia de la regla “solve et repete” y la doctrina del Consejo de Estado Español”, en: *Revista de Derecho Público* (núm. 18).
- MARTÍNEZ ESTAY, José y ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2011): “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca* (vol. 9 núm. 1).
- MORAGA KLENNER, Claudio (2011): “¿Existen en Chile procedimientos administrativos que presentan, también, una naturaleza jurisdiccional?”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú* (núm. 67).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2012): “200 años de Derecho Público chileno”, en: *Revista de Derecho Público* (núm. 76).

- NIETO GARCÍA, Alejandro (2005): *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª edición (Madrid, España, editorial Tecnos).
- OSORIO VARGAS, Cristóbal (2017): *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte general*, 2ª edición (Santiago de Chile, editorial Legal Publishing Chile).
- PIAGGIO, Lucas Aníbal (2020): “El “solve et repete” en el Derecho administrativo sancionador argentino”, en: *Revista Derecho & Sociedad* (núm. 54 Vol. 1).
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás (1985): “La inconstitucionalidad del “solve et repete””, en: *Revista de estudios de la Administración local y autonómica* (núm. 228).
- RAJMAN, Maximiliano y SALCEDO, Esteban (2012): “La vigencia de la regla “solve et repete” y la garantía a la tutela judicial efectiva en el marco constitucional argentino actual”, en: *Revista de la Facultad* (vol. III núm. 1).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2011): “Algunos privilegios procesales de la Administración del Estado en la litigación civil (Dos mecanismos para su atenuación o supresión)”, en: ARANCIBIA MATTAR, Jaime, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ROMERO SEGUEL, Alejandro (coordinadores), *Litigación pública* (Santiago de Chile, editorial Legal Publishing Chile).
- SOTO KLOSS, Eduardo (2011): “Tribunal Constitucional. Inconstitucionalidad del “solve et repete” (27.1.11)”, en: *Revista Ius Publicum* (núm. 27).
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, 3ª edición (Santiago de Chile, editorial Legal Publishing Chile).
- VALDIVIA OLIVARES, José (2018): *Manual de Derecho Administrativo* (Valencia, España, editorial Tirant lo Blanch).

Normativa citada

- Decreto con Fuerza de Ley N° 725, Código Sanitario, 31 de enero de 1968.
- Ley N° 17.374, fija nuevo texto refundido, coordinado y actualizado del DFL. N° 313 de 1960, que aprueba la Ley Orgánica Dirección Estadística y Censos y crea el Instituto Nacional de Estadísticas, 10 de diciembre de 1970.
- Decreto Ley N° 1.094, establece normas sobre extranjeros en Chile, 19 de julio de 1975.
- Decreto Ley N° 2.222, sustituye Ley de navegación, 31 de mayo de 1978.
- Decreto Ley N° 3.500, establece nuevo sistema de pensiones, 13 de noviembre de 1980.
- Decreto Ley N° 3.538, crea la Comisión para el Mercado Financiero, 23 de diciembre de 1980.
- Ley N° 18.248, Código de Minería, 14 de octubre de 1983.
- Ley N° 18.302, Ley de seguridad nuclear, 02 de mayo de 1984.
- Ley N° 18.410, crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 22 de mayo de 1985.
- Ley N° 18.483, establece nuevo régimen legal para la industria automotriz, 28 de diciembre de 1985.
- Ley N° 18.455, fija normas sobre producción, elaboración y comercialización de alcoholes etílicos, bebidas alcohólicas y vinagres, y deroga Libro I de la ley N° 17.105, 11 de noviembre de 1985.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 1.349, de 1976, que crea la Comisión Chilena del Cobre, 28 de abril de 1987.
- Decreto N° 778, promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha, 29 de abril de 1989.

- Ley N° 18.883, establece un nuevo estatuto general para las Cajas de Compensación de Asignación Familiar (C.C.A.F.), sustitutivo del actual contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 42, de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, 26 de septiembre de 1989.
- Ley N° 18.840, Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, 10 de octubre de 1989.
- Ley N° 19.300, aprueba Ley sobre bases generales del medio ambiente, 09 de marzo de 1994.
- Decreto 900, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991 Ley de concesiones de obras públicas, 18 de diciembre de 1996.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 850, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964 y del DFL N° 206, de 1960, 25 de febrero de 1998.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo, 16 de enero de 2003.
- Decreto N° 100, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005.
- Ley N° 20.087, sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, 03 de enero de 2006.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469, 24 de abril de 2006.
- Ley N° 20.123, regula trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios, 16 de octubre de 2006.
- Ley N° 20.252, modifica la Ley N° 20.022, y otros cuerpos legales con el objeto de reforzar la judicatura laboral, 15 de febrero de 2008.
- Ley N° 20.417, crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, 26 de enero de 2010.
- Ley N° 20.551, regula el cierre de faenas e instalaciones mineras, 11 de noviembre de 2011.
- Ley N° 20.730, regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios, 08 de marzo de 2014.
- Ley N° 20.880, sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses, 05 de enero de 2016.
- Ley N° 21.000, crea la Comisión para el Mercado Financiero, 23 de febrero de 2017.

Jurisprudencia citada

- Aguilar Otavalo, Jaime con Intendencia del BioBío (2017): Excelentísima Corte Suprema, de 25 de mayo de 2017, rol 1667-2017.
- Blanco y Negro S.A con Bellolio (2020): Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de 14 de septiembre de 2021, rol 66199-2020.
- Honorable Senado (1994): Tribunal Constitucional, de 28 de febrero de 1994, rol 185-94.
- Honorable Senado (1995): Tribunal Constitucional, de 21 de marzo de 1995, rol 210-95.
- Honorable Cámara de Diputados (1999): Tribunal Constitucional, de 27 de mayo de 1999, rol 287-99.
- Honorable Senado (2006): Tribunal Constitucional, de 30 de agosto de 2006, rol 536-06.
- Kravetz Miranda, Jacobo (2006): Tribunal Constitucional, de 17 de noviembre de 2006, rol 546-06.
- Pfeifer Frenz, Hernán y otros (2007): Tribunal Constitucional, de 03 de enero de 2008, rol 792-07.

- FM Seguridad S.A. (2007): Tribunal Constitucional, de 01 de julio de 2008, rectificada el 10 de julio de 2008, rol 946-07.
- Sociedad Asesoría y Servicio Empresarial Limitada (2007): Tribunal Constitucional, de 10 de julio de 2008, rol 968-07.
- Sociedad Sergio Andrés Concha San Martín y Otro (2008): Tribunal Constitucional, de 22 de julio de 2008, rol 1046-08.
- Pfeifer Frenz, Hernán, Alegría Madrid, Paulina y Polanco Lazo, Carmen (2008): Tribunal Constitucional, de 28 de agosto de 2008, rol 1061-08.
- Rojas Leal, Guido (2008): Tribunal Constitucional, de 16 de abril de 2009, rol 1173-08.
- Arco Arquitectura y Construcción Limitada (2008): Tribunal Constitucional, de 27 de enero de 2009, rol 1253-08.
- Sociedad de Servicios y Asesorías Swan (Chile) S.A. (2008): Tribunal Constitucional, de 02 de abril de 2009, rol 1262-08.
- Valdés Valdés, Manuel Enrique en su calidad de administrador de la Comunidad Edificio Santiago Centro y en su representación (2008): Tribunal Constitucional, de 02 de abril de 2009, rol 1279-08.
- Link Service S.A. (2009): Tribunal Constitucional, de 21 de julio de 2009, rol 1332-09.
- Tribunal Constitucional (2009): Tribunal Constitucional, de 25 de mayo de 2009, rol 1345-09.
- Transportes del Cobre S.A. (2009): Tribunal Constitucional, de 27 de agosto de 2009, rol 1356-09.
- Link Service S.A. (2009): Tribunal Constitucional, de 27 de octubre de 2009, rol 1382-09.
- Link Service S.A. (2009): Tribunal Constitucional, de 27 de octubre de 2009, rol 1391-09.
- Preuniversitario Pedro de Valdivia Limitada (2009): Tribunal Constitucional, de 27 de octubre de 2009, rol 1418-09.
- Molino Caupolicán Limitada (2009): Tribunal Constitucional, de 27 de octubre de 2009, rol 1470-09.
- Farmacias Cruz Verde S.A. (2009): Tribunal Constitucional, de 27 de enero de 2011, rol 1580-09.
- Transportes ESERT S.A. (2010): Tribunal Constitucional, de 14 de julio de 2011, rol 1865-10.
- Honorable Senado (2011): Tribunal Constitucional, de 18 de octubre de 2011, rol 2036-11.
- Compañía Eléctrica del Litoral S.A. (2013): Tribunal Constitucional, de 07 de agosto de 2014, rol 2475-13.
- La Cisterna Express Ltda. (2017): Tribunal Constitucional, de 05 de marzo de 2019, rol 3487-17.
- Werner Pérez, Reynaldo (2017): Tribunal Constitucional, de 06 de marzo de 2019, rol 3616-17.
- Clínica Avansalud SpA (2018): Tribunal Constitucional, de 10 de diciembre de 2019, rol 5731-18.
- Protekgas y Cía. Limitada (2019): Tribunal Constitucional, de 10 de diciembre de 2019, rol 6180-19.

Elementos para la discusión sobre las cláusulas básicas del Debido Proceso

Elements for discussion on the basic clauses of due process

Cristian Riego

Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

Correo electrónico: cristian.riego@udp.cl. <https://orcid.org/0000-0002-7013-1976>.

Recibido el 29/09/2021

Aceptado el 04/05/2022

Publicado el 30/06/2022

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n40-04>

RESUMEN: EL texto presenta un conjunto de antecedentes acerca de las distintas vías por las cuales en los años recientes ha llegado a la legislación chilena un conjunto muy importante de cláusulas del debido proceso. El autor repasa las constituciones chilenas, el proceso de reformas judiciales y el derecho internacional de los Derechos Humanos como las vías más importantes por medio de las cuales el debido proceso se ha hecho presente en el país, identificando algunos contenidos y algunas características de esas diversas fuentes, las que pueden servir para una mejor comprensión de las garantías y su aplicación.

PALABRAS CLAVE: Debido proceso, garantías judiciales, juicio justo.

ABSTRACT: *The text presents a set of background information on the different ways in which in recent years a very important set of due process clauses have found their way into Chilean law. The author reviews the Chilean constitutions, the process of judicial reforms and international human rights law as the most important ways in which due process has become present in the country, identifying some of the contents and characteristics of these diverse sources, which can serve for a better understanding of the guarantees and their application.*

KEY WORDS: *Due process, judicial guarantees, fair trial.*

I. INTRODUCCIÓN

Hasta hace muy pocos años la noción de debido proceso era muy poco utilizada en Chile. La idea de un conjunto de derechos y garantías en el proceso judicial no constituía una parte importante de la legislación, de la literatura jurídica ni de la jurisprudencia. En nuestra cultura jurídica tradicional la regulación procesal se concentraba fundamentalmente en la definición y en la explicación de los procedimientos formales que permitían llegar a una decisión judicial válida.

No obstante, en las últimas tres décadas, a partir de la transición a la democracia, de los procesos de reformas judiciales que tuvieron lugar y de la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos que han comenzado a formar parte del debate jurídico en Chile, ha surgido con mucha fuerza el uso de la expresión debido proceso. Esta noción, y los derechos y garantías asociados a ella, han pasado a ser de las de más común uso en nuestra práctica jurídica, en nuestra jurisprudencia, en la literatura legal e incluso en el debate público acerca de temas legales y judiciales.

Pero a pesar de la popularidad de la expresión y su rápida expansión, no ha existido una discusión importante acerca del origen ni el contenido preciso de este importante cuerpo de principios. La noción de debido proceso suele utilizarse en Chile con sentidos muy diversos, en algunos casos con referencia a algunas garantías contenidas en la legislación, en otras con referencia a algunos derechos presentes en la constitución de 1980, a garantías que provienen del derecho internacional o simplemente como una noción intuitiva que reconoce una serie de protecciones que los individuos deben tener en el marco de los procedimientos judiciales.

Este trabajo pretende explorar y entregar alguna información y algunos elementos históricos y analíticos acerca de las fuentes de las que provienen las principales cláusulas presentes en nuestra legislación y que suelen manejarse en nuestra discusión sobre el debido proceso. En nuestra opinión el debido proceso llega a nuestro país como producto de diversos procesos de producción y recepción legislativa que no son homogéneos, que acarrearán consigo diferencias que vale la pena conocer con el fin de aprovechar en la mejor medida posible la cultura jurídica acumulada por tradiciones importantes de las cuales hemos tomado y seguimos tomando cláusulas, ideas y experiencias de aplicación. Se trata de un trabajo de tipo ensayístico que no pretende demostrar sistemáticamente todas sus afirmaciones sino solo sugerir algunas ideas que pueden resultar novedosas para los debates nacionales o pueden sugerir líneas de investigación para estudios más detallados sobre algunos temas.

El debido proceso se formuló y expandió como uno de los componentes centrales del liberalismo político en oposición a las formas de gobierno centralistas y autoritarias propias del absolutismo. En general, la expansión del debido proceso en las diversas jurisdicciones ha estado siempre asociada a las etapas de avance de la democracia liberal. Es cierto que el avance universal de los derechos humanos y su aceptación general hace que hoy esa dimensión ideológica este menos presente en el debate. Sin embargo, es importante tener presente el vínculo entre debido proceso y democracia liberal tanto para explicar la historia del desarrollo de las garantías como porque, aunque no siempre resulte tan evidente, las discusiones acerca de nuevas definiciones legislativas o sobre la interpretación del alcance de las garantías existentes suelen estar fuertemente condicionados por debates políticos,

específicamente por el modo en que se conciben las relaciones entre el estado y los individuos. Este trabajo no pretende ser un análisis ideológico del debido proceso ni del liberalismo político, pero sí pretende incorporar esa variable en el análisis.

Por otra parte, es importante reconocer también que el debido proceso es una noción que si bien tiene una clara dimensión normativa es también un constructo cultural. Es decir, su comprensión requiere entender el modo en que su práctica se asienta en un determinado contexto y cuál es la comprensión que de su contenido se va instalando en los operadores del sistema de justicia. Tampoco abordaremos esta cuestión de manera específica, pero es necesario tenerla en cuenta para entender la necesidad de examinar con cuidado su instalación, necesariamente condicionada por la cultura jurídica local, por los debates más relevantes que se producen en el país en cada etapa histórica y por las instituciones específicas que se le asocian, todos factores que condicionan su configuración específica en las prácticas locales.

A partir de estas dos cuestiones, el carácter ideológico del debido proceso y su vínculo con la cultura jurídica, buscaremos este texto resaltar una cuestión que nos parece central y es la de que en el caso chileno existen dos nociones o comprensiones del debido proceso que se diferencian fuertemente tanto ideológicamente como en cuanto a su relación con la cultura jurídica local. Por una parte, existen una serie de cláusulas que han estado presentes en nuestra tradición constitucional y que por diversas razones históricas se han formulado buscando por un lado acoger discursivamente posturas liberales, pero por la otro evitando introducir elementos radicalmente disruptivos respecto de las prácticas tradicionales. Estas cláusulas se han formulado y han sido interpretadas como nociones no necesariamente contrapuestas a las prácticas locales tradicionales, de un origen claramente no liberal. Por otra parte, el derecho internacional de los derechos humanos y el fuerte impulso hacia las reformas judiciales generado en el contexto de la transición a la democracia han traído al país las nociones liberales clásicas del debido proceso generadas y ya consolidadas en los países centrales de occidente. Estas otras dos fuentes de cláusulas básicas se diferencian de la primera en que no ocultan su adscripción ideológica al liberalismo político y en que se relacionan con las nociones tradicionales predominantes en el país a partir de una pretensión claramente transformadora. Se trata de cláusulas que resultan inevitablemente contradictorias con las reglas e instituciones tradicionales que provienen de una tradición legal que tanto en su expresión colonial como republicana corresponden a una lógica más bien autoritaria.

La noción de debido proceso reconoce su núcleo principal en las garantías judiciales y entre ellas muy principalmente en las referidas al enjuiciamiento penal. No obstante, ellas también han tenido desarrollo importantes en ámbitos judiciales no penales y también fuera del ámbito judicial, por ejemplo, en el terreno administrativo. No obstante, en este trabajo nos concentraremos principalmente en el ámbito penal que es en el que el debido proceso ha avanzado más rápidamente tanto en el medio nacional como en las tradiciones jurídicas más importantes, sin perjuicio de hacer algunas alusiones a otros campos cuando resulte pertinente.

Es de esperar que el debate acerca de una nueva constitución genere un texto que clarifique el contenido y el alcance de las garantías del debido proceso en Chile, juntando y ordenando los derechos

que han venido siendo reconocidos y argumentados a partir de diversas fuentes. Esperamos que un trabajo como este pueda ser útil para enriquecer esa discusión entregando alguna información acerca de las distintas fuentes y de los diversos contenidos que esta idea ha tenido en las décadas recientes en las que hemos debido lidiar con ideas bastante poco precisas.¹

II. EL DEBIDO PROCESO EN LAS CONSTITUCIONES CHILENAS

Existen dos maneras de encarar la cuestión del debido proceso en la constitución. La más habitual consiste en analizar las disposiciones originales de la Constitución de 1980, sus reformas y el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional. No obstante, el cuestionamiento de que ha sido objeto la constitución de 1980 y el Tribunal Constitucional establecido en ella nos hacen pensar que el efecto que este texto y sus desarrollos tendrán en el futuro será más bien limitado.²

Hemos preferido para este trabajo explorar otra vía que es la de revisar la carencia de un desarrollo más importante de las garantías básicas durante los dos siglos de historia republicana que antecedieron a la transición a la democracia ocurrida en 1989. En efecto, si miramos la cuestión desde el momento actual, llama la atención la relativa debilidad de nuestros textos constitucionales en cuanto a garantías judiciales básicas.

En nuestra historia constitucional no han existido grandes debates, propuestas, ni textos que ni aun de manera puramente declarativa dieran cuenta de las principales tendencias en el desarrollo de las garantías básicas ocurridas en los países centrales de occidente. Las principales cláusulas de garantía como el juicio público, el jurado, la presunción de inocencia o la independencia e imparcialidad de los jueces curiosamente no aparecen en nuestras constituciones.³

El liberalismo tuvo un espacio en el constitucionalismo chileno en diversos textos iniciales y llegó a expresarse de manera clara en la constitución de 1828 cuyo proyecto sería derrotado por un programa conservador pocos años después.⁴ La constitución de 1828 estableció el jurado aunque no como garantía judicial sino como parte de la garantía de la libertad de prensa.⁵ Las constituciones de 1812, 1814, 1822 y 1828 incorporaron algunas garantías judiciales que están entre las más importantes que van a permanecer en nuestra tradición constitucional y que fueron recogidas en las constituciones de 1833 y 1925. El origen de esas garantías se puede rastrear en la constitución liberal española de 1812, la que contuvo un capítulo de normas referidas al enjuiciamiento penal, algunas de ellas consti-

¹ Sobre esta idea ver CARBONELL y LETELIER (2020). También LÓPEZ (2006).

² Sobre las garantías judiciales en la constitución del 80 ver: VERGARA y BUSTOS (2019) También; NAVARRO (2013).

³ En esto Chile se aleja de otros países latinoamericanos en los que al menos discursivamente existieron etapas en que los principales desarrollos del liberalismo jurídico fueron recibidos. Un claro ejemplo es el de Argentina donde la constitución de 1853 encargó al congreso establecer el jurado popular. En el texto vigente el jurado aparece en tres artículos, el 24, el 75 y el 118.

⁴ OCARANZA (2008).

⁵ El artículo 18 indica: “*todo hombre puede publicar por la imprenta sus pensamientos y opiniones. Los abusos cometidos por este medio serán juzgados en virtud de una ley particular y calificados por un tribunal de jurados*”.

tutivas de derechos y garantías, aunque mezcladas con otras que más bien son reglas de organización del sistema judicial.

La constitución de 1812 es un documento bastante particular en la propia España porque constituyó un intento por introducir nociones liberales por parte de una asamblea nacional que funcionó en los territorios que no fueron conquistados por la invasión napoleónica. No obstante que en su texto se reconocía a Fernando VII como monarca constitucional, cuando este fue liberado y restaurado en su trono, rechazó su contenido y procedió a la restauración absolutista en 1814.

Se trata de un texto constitucional aún más problemático en lo referente a su validez en Chile. El texto fue aprobado con la clara pretensión de ser aplicado en Hispanoamérica y de hecho menciona a Chile en su artículo 10 entre los territorios en los cuales tendría vigencia. De hecho, a su redacción concurren representantes de los territorios americanos, en los cuales se celebraron elecciones para generarlos. En el caso de Chile, las elecciones no se completaron y ante la ausencia de delegados la propia asamblea designó a lo menos un representante chileno que participó en las deliberaciones y en la aprobación del texto.⁶ No obstante, y a diferencia de otros países de América Hispana, en Chile la constitución de 1812 no fue recibida como un instrumento político emancipador sino más bien como una nueva imposición colonial. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico su texto tuvo influencia en los diversos textos constitucionales de los primeros años de la república.⁷

En cuanto a su contenido, la constitución de 1812 no fue un documento rupturista sino el intento de introducir algunas ideas liberales reconciliándolas con la tradición monárquica española que estaba entre las más autoritarias de la época. Ese espíritu de compromiso se expresó en las cláusulas de garantías, que no recogieron los componentes principales de los debates en favor de garantías individuales que en ese momento tenían lugar en Europa. No se recogió el juicio por jurados que constituía el símbolo y la cláusula fundamental de la tradición anglosajona originada en la carta magna de 1215 y manifestada de modo paradigmático en la constitución americana de 1789.⁸ Tampoco se recogió la presunción de inocencia que fue la cláusula de garantía más importante e influyente proveniente de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa. Aparentemente, los redactores de la constitución de 1812 estaban interesados en evitar formulas rupturistas y trataron de mantenerse en un lenguaje no demasiado alejado de las fórmulas tradicionales españolas, además evitaron recurrir a cualquier influencia francesa, la que en ese momento se identificaba con el enemigo invasor.⁹

Es esta tradición constitucional liberal tímida y derrotada tanto en España como en Chile la que dio lugar a las normas que constituyen las limitadas garantías reconocidas tradicionalmente en nuestras constituciones, como son la prohibición de juzgamiento por comisiones distintas de los tribunales de

⁶ WESTERMAYER (2015).

⁷ GALDÁMEZ (1992).

⁸ ROXIN identifica las luchas liberales del siglo XIX en el proceso penal de Europa continental con el Jurado. ROXIN (2000) p.11.

⁹ PÉREZ (2014).

justicia,¹⁰ la prohibición de arresto sin previa orden judicial¹¹ o la limitación de la prisión preventiva.¹² Más allá de esas limitadas expresiones del planteamiento jurídico liberal, las constituciones chilenas se mantuvieron alejadas de la mayoría de las garantías liberales de mayor desarrollo tanto en la tradición anglosajona como en la continental. De este modo las nociones más usuales del debido proceso como son la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado por un jurado de pares, el derecho a la defensa, la prohibición de doble juzgamiento, la independencia e imparcialidad judicial, no han tenido mayor recepción en nuestras constituciones y solo se han venido a discutir en nuestro medio muy recientemente como producto de otras influencias entre las que están las que pasaremos a describir.

La contribución supuestamente más importante de la constitución del 1980 al reconocimiento del debido proceso en Chile está constituida por la cláusula del inciso 6° del número 3° del Artículo 19 que estableció el “*justo y racional procedimiento*”. Nos parece que su remisión a la ley, su origen en un contexto autoritario y su intento por alejarse del lenguaje consolidado del derecho comparado e internacional hacen que se trate de una cláusula que va a ser olvidada prontamente en cuanto se incorporen a una nueva constitución las fórmulas apropiadas a un país moderno.¹³ En nuestra opinión, los desarrollos generados a partir de esa y las restantes cláusulas de la constitución suelen ser confusos y no convocan el mejor conocimiento acumulado ni las tradiciones legales más sólidas para resolver los numerosos problemas que suelen surgir a propósito de la adecuación de los procedimientos y la prácticas judiciales a las garantías básicas.

La confusión antes anotada ha tendido a profundizarse en nuestra opinión debido a la influencia que en nuestra literatura jurídica han tenido la doctrina y jurisprudencias españolas derivadas de la constitución de 1978. Esta constitución que hasta hace poco gozaba de un gran prestigio como producto de el exitoso proceso de transición a la democracia ocurrido en España, de algún modo repite, aunque con menos radicalidad que en el caso de la constitución de 1812, la pretensión de desarrollar una noción acerca de las garantías básicas que se aparta de los desarrollos de las tradiciones jurídicas principales y del derecho internacional.

De hecho, el artículo 24 de la constitución de 1978 aparece encabezado, en su N°1 por la cláusula que indica “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”. Esta ha pasado a ser la norma fundamental del debido proceso en el entendimiento que de el se tiene en España. Hay que reconocer que el N°2 hay una recepción mucho más clara de algunos principios liberales básicos extraídos de las tradiciones principales como son el derecho a la defensa o la presunción de inocencia.

¹⁰ Artículo 247 de la constitución de 1812, artículo 15 de la Constitución de 1828 y inciso 5° N 3 del artículo 19 de la constitución vigente.

¹¹ Artículo 287 de la constitución de 1812, artículo 13 de constitución de 1828 y letra c) del número 7 del artículo 19 de la constitución vigente.

¹² Artículo 295 de la Constitución de 1812, artículo 14 de la Constitución de 1828 y letra e) del número 7 del artículo 19 de la Constitución vigente.

¹³ El origen de esa cláusula esta detalladamente explicado en FERMANDOIS (2009).

En nuestra opinión la influencia de esta cláusula en Chile ha sido importante para resolver algunas cuestiones de acceso a la justicia o acceso a un recurso judicial,¹⁴ que son muy importantes y son exigencias contenidas en los tratados internacionales. Pero, no tiene una virtualidad crítica respecto del formato de los procedimientos judiciales y no cumple la función de cláusula fundamental orientadora de las cuestiones relativas a la estructura de estos. Probablemente debido a esa razón su impacto ha sido limitado en la legislación. Esta ha estado mucho más condicionada por el proceso de reforma judicial, que no se ha basado ni en las cláusulas de la constitución de 1980, ni en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ni en la doctrina española de la Tutela Judicial Efectiva.

III. EL DEBIDO PROCESO EN LA LEGISLACION PROCESAL

Si observamos el desarrollo histórico de la legislación que ha regulado el juzgamiento penal en Chile, lo que encontramos es una larga tradición de resistencia a las nociones liberales vinculadas al enjuiciamiento penal en el mundo occidental. Al momento de nuestra independencia la legislación española correspondía a fórmulas y principios propios del absolutismo, resumidos en el sistema inquisitivo, anterior históricamente y contrario ideológicamente a la noción de garantías individuales.

Coincidentemente, en la misma época en que tenían lugar los procesos de independencia en América Hispana, entre ellas la chilena, las ideas liberales sobre garantías básicas en el enjuiciamiento penal se expandían en Europa y darían lugar a grandes reformas durante el siglo XIX. Sin embargo, Chile se mantuvo ajeno a los desarrollos ocurridos en el viejo continente y se mantuvo apegado a las fórmulas absolutistas heredadas, incluso después las que ellas fueron abandonadas en Europa continental donde los diversos países introdujeron en sus leyes los principios liberales derivados de la revolución francesa y de la influencia anglosajona. De hecho, a lo largo del siglo XIX en prácticamente todos los países de Europa se dictaron Códigos que establecieron procedimientos penales que recogieron al menos parcialmente los principios proclamados por el liberalismo. Probablemente el hecho que grafica de manera más evidente este atraso de la legislación chilena durante el siglo XIX está en el hecho de que la legislación colonial se siguió aplicando en el país aun después que fue abandonada en España como producto del Código de Enjuiciamiento Criminal que se introdujo en 1872 y que entre otras garantías básicas establecía el enjuiciamiento por jurados.

Durante el siglo XIX la legislación procesal penal chilena estuvo constituida por un conjunto poco sistemático de normas que los jueces aplicaban y que incluían legislación colonial que continuaba vigente y algunas normas sobre algunos puntos particulares de legislación local. Solo a fines del siglo, con el surgimiento de los gobiernos liberales aparecen algunas normas que tienen como propósito proteger aspectos elementales de la libertad y la integridad física de los afectados por procesos penales que solían desarrollarse hasta entonces de manera bastante brutal.¹⁵ Probablemente la más importante fue la Ley de garantías individuales de 1884, modificada en 1891. Estas normas regulan ele-

¹⁴ Ver por ejemplo BORDALÍ (2011) También GARCÍA y CONTRERAS (2013).

¹⁵ FONTECILLA (1978).

mentos básicos de la privación de libertad en el contexto del proceso penal como son la necesidad de una orden judicial y la descripción de las hipótesis de flagrancia. Su contenido sería en lo fundamental recogido posteriormente por el Código de Procedimiento penal de 1906. También cabe mencionar como un elemento específico de carácter liberal la existencia del jurado para los casos de delitos de imprenta, el que se creó en 1813 y rigió prácticamente todo el siglo XIX.¹⁶

Luego, en los primeros años del siglo XX y como parte del proceso de codificación que comenzó con el Código Civil y que llevó a dictar leyes nacionales en las diferentes áreas del derecho, se dicta el Código de Procedimiento Penal en 1906, que vuelve a rechazar las ideas liberales y dar continuidad, en formato de legislación republicana, a las nociones tradicionales heredadas de la legislación colonial. En este caso, no se trató de un rechazo ideológico, por el contrario, el mensaje del Código expresó una clara preferencia por los sistemas basados en garantías individuales y menciona explícitamente al juicio oral e incluso al jurado como deseables. No obstante, rechaza introducirlos en Chile por razones estrictamente prácticas como son la escasa población y la carencia de recursos económicos.

El Código de Procedimiento Penal de 1906 no hizo alusión a garantías básicas y tampoco lo haría la literatura legal que se refirió a su contenido. Los manuales más populares no contenían una explicación de las garantías fundamentales.¹⁷ Fontecilla, el más influyente de los autores que trabajaron sobre ese Código, tampoco incorpora en su manual una explicación de las garantías fundamentales y su efecto en el proceso penal. No obstante, hay que reconocer que da cuenta de su necesidad y del déficit que la legislación chilena presentaba en la materia.¹⁸

En los años 60 vuelve a surgir el propósito de abordar una reforma sustantiva al proceso penal con el fin de introducir garantías básicas que ya a esas alturas estaban ampliamente difundidas incluso en América Latina. Este esfuerzo se traduce durante el mandato del presidente Frei en él llamando proyecto Galecio que significó la elaboración de un proyecto de Código, con apoyo de amplios sectores académicos y profesionales, que ingresó al parlamento en 1968 y estuvo a punto de completar su aprobación. Con posterioridad, en el gobierno de Salvador Allende el proyecto no logró prosperar, debido en buena medida al conflicto entre el ejecutivo y la Corte Suprema, que fue uno de los elementos de la crisis que daría lugar al golpe de 1973.

La transición a la democracia que comenzó en 1989 dio lugar a una crítica muy sustantiva al sistema judicial chileno al que se cuestionó muy severamente tanto su sometimiento a la dictadura militar que gobernó entre 1973 y 1990 y por su incapacidad para investigar los crímenes cometidos por el estado contra opositores políticos.¹⁹ A partir de esa crítica se hizo necesario encarar un proceso de reforma al sistema judicial que tuvo diversas expresiones, todas destinadas a hacerse cargo de di-

¹⁶ PIWONKA (2008).

¹⁷ Por ejemplo, LÓPEZ (1969).

¹⁸ FONTECILLA (1978).

¹⁹ La expresión más paradigmática de esa crítica está contenida en el informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, que acreditó las violaciones de derechos humanos ocurridas en la dictadura entre 1973 y 1999. COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN (2006), P 95.

versos aspectos de la necesaria adecuación del funcionamiento de sistema judicial al nuevo entorno democrático.²⁰

La más sustantiva de esas reformas estuvo constituida por la creación de un nuevo sistema de justicia penal uno de cuyos componentes principales fue el nuevo Código Procesal Penal. Este Código constituyó la primera legislación procesal chilena que incluyó como elemento normativo un catálogo de garantías como los elementos básicos de su estructura. Hasta antes de este Código las leyes procesales estaban estructuradas fundamentalmente mediante la descripción de los procedimientos que debían seguirse con el fin de alcanzar una decisión judicial. Estos procedimientos en algunos de sus aspectos representaban limitaciones en el ejercicio del poder del estado, pero ese efecto no era definido ni buscado en cuanto tal. Por el contrario, los procedimientos judiciales tenían como sentido fundamental el de describir un método conocido y relativamente sistemático para esclarecer los hechos y sustentar las decisiones de los jueces, con el objetivo de asegurar una cierta racionalidad en la actuación estatal.

La fuente principal de ese Código y también de las garantías en él recogidas se encuentra en el Código Procesal penal modelo para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Ese modelo a su vez tuvo como fuentes principales el llamado proyecto Maier que fue producto de la transición política a la democracia producida en Argentina a partir de 1983 y que no fue aprobado como producto del fracaso del primer gobierno democrático, y, el Código Procesal Penal Alemán.²¹

Las garantías básicas que establecen los primeros artículos del Código Procesal Penal no tienen su origen en la Constitución de 1980, por el contrario el Código expresa una noción del debido proceso completamente apartada de ese texto y más bien pretende conectar con las tradiciones europeas propias de la post guerra que supusieron un reforzamiento de las garantías liberales que provenían de las legislaciones del siglo XIX, y también con los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos expresado en las cláusulas de debido proceso de los tratados internacionales de derechos humanos.

El Código Procesal Penal es el primer instrumento que crea un listado de derechos como elemento fundamental de la regulación procesal y reconoce algunas nociones por primera vez en la legislación chilena como son el juicio oral y público, la presunción de inocencia, la prohibición de doble juzgamiento y el derecho a la defensa entre las más importantes.

Con posterioridad, diversas otras leyes introdujeron reformas a las legislaciones procesales sectoriales introduciendo en muchos casos diversas estructuras que obedecen a garantías procesales,

²⁰ Sobre el origen de la reforma ver: DUCE y RIEGO (2007).

²¹ El mensaje del Código Procesal Penal menciona como fuentes del proyecto que dio inicio al debate parlamentario Al Código Modelo para Iberoamérica, El Código Procesal Penal italiano de 1988, la Ordenanza Procesal Penal alemana y diversos códigos latinoamericanos. No obstante, las principales ideas que el código recogió provienen del conocimiento del profesor Julio Maier acerca del sistema Procesal Penal alemán, este dio lugar al llamado proyecto Maier y luego la Código Modelo para Iberoamérica del cual derivan todos los códigos latinoamericanos de la época. Una explicación detallada de estas influencias en LANGER (2007).

como la oralidad, una ampliación sustantiva de la defensa y en parte, aunque con severas limitaciones el principio de la publicidad. Hasta ahora y pese a diversos esfuerzos realizados, no ha sido posible realizar una reforma de la legislación que gobierna el procedimiento civil general que en la tradición chilena ha sido el que ofrece un marco general básico de aplicación supletoria. Debido a eso no existe en la legislación chilena un catálogo de garantías básicas aplicables a los procesos judiciales no penales.²²

A diferencia del Código Procesal Penal, estas legislaciones sectoriales no penales no utilizan con claridad la noción de garantías básicas. Se trata de leyes que regulan procedimientos judiciales en algunos de los cuales se puede identificar que existe una noción de garantía detrás de definiciones institucionales como las de establecer audiencias, la de regular la presentación y confrontación de testigos y la de procurar en algunos casos acceso a defensores provistos por el estado. No obstante, al no definírseles con claridad como tales, su interpretación suele quedar entregada al formalismo jurídico tradicional en nuestro medio, de acuerdo con el cual estas disposiciones pueden ser entendidas como meras reglas procesales, desdibujándose su carácter de principios y dificultándose el avance de una jurisprudencia que pueda ir delimitando su alcance.

En consecuencia, solo es posible sostener que existe un catálogo de garantías procesales de nivel legal en materia penal. Este catálogo no puede extenderse a las restantes materias por cuanto no existe una norma que así lo establezca, pero además porque siendo la materia penal la más gravosa desde el punto de vista del riesgo a que somete a los ciudadanos es lógico concluir que las garantías son también las más fuertes y no resulta razonable extenderlas automáticamente a ámbitos donde la protección de los ciudadanos no es requerida con la misma intensidad.

Mientras no exista una regulación procesal civil básica y en ella un catálogo más o menos preciso de derechos y garantías de aplicación general, la situación legal en las materias no penales seguirá siendo imprecisa en cuanto a cuales son los estándares de derechos que nuestra ley reconoce a las partes en un proceso judicial no penal y será difícil que aún las leyes que han sido concebidas a partir de una noción relativamente liberal del proceso judicial puedan ser comprendidas a cabalidad como tales.

La inexistencia de una regulación legal general acerca de las garantías básicas en procedimientos no penales genera una dificultad adicional que es la posible generación de inconsistencias en la necesaria progresividad de las garantías. Esto es, si miramos al conjunto de los procedimientos judiciales, las garantías deben estar definidas para cada uno de ellos en relación con las necesidades de protección que los ciudadanos requieren en relación con lo que arriesgan en cada proceso judicial. De ese modo es claro que la materia penal, que pone en juego la libertad y pone en peligro las condiciones de vida del imputado de manera radical requiere un nivel de protección máxima, el que esta reconocido en todos los catálogos de derechos y en la propia ley. Sin embargo, desde allí hacia abajo la situación en

²² Los artículos 425 a 431 del Código del Trabajo describen los “*principios formativos del procedimiento*” laboral. No se puede considerar que se trate de un catálogo de derechos dado que si bien algunos de los principios enunciados coinciden en parte de su contenido con garantías básicas, se trata mas bien de nociones descriptivas que caracterizan los procedimientos judiciales de manera neutral según se inclinan en favor de opciones que se presentan como pares contrapuestos del tipo: oralidad vs escrituración.

Chile carece de una estructura sistemática, producto de que las diversas legislaciones especiales que se han dictado no han contado con un marco ordenador de garantías al que ajustarse.

IV. EL DEBIDO PROCESO EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana de Derechos Humanos es el documento más importante y claro respecto del contenido del debido proceso en el derecho chileno. Esta convención se adoptó en el seno de la Organización de Estados Americanos en 1969 y entró en vigencia en 1978. En el caso de Chile esta vigencia fue demorada puesto que a pesar de haber nuestro país participado activamente en su elaboración y haberla suscrito en 1969, su ratificación no se completó sino hasta la vuelta a la democracia en 1990 año en que también se reconoció la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer de eventuales violaciones de la Convención.

Las normas de la Convención Americana tienen la fortaleza de constituir una expresión bastante lograda del proceso de convergencia de las dos tradiciones legales más importantes como son la europea continental y la anglosajona. Las razones para que se haya producido una convergencia tan virtuosa son varias. Probablemente la más importante es que el contenido de la Convención y especialmente del artículo 8 se basó muy fuertemente en la Convención Europea de Derechos Humanos, que fue aprobada en 1950 y entró en vigor en 1953, y en cuya elaboración participaron los principales países europeos donde se originaron ambas tradiciones legales.²³

La Convención Americana se elaboró de manera paralela al Pacto de derechos Civiles y Políticos²⁴ aprobado en 1966 y que entró en vigencia en 1976. Su texto también es bastante similar al de este pacto, que también es obligatorio para Chile, pero que es sin duda menos influyente por no estar su cumplimiento sujeto a un control jurisdiccional como el que existe para la Convención Americana y que está constituido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El artículo 8 de la Convención puede ser caracterizado como un catálogo bastante preciso y moderno de lo que se entiende por debido proceso en los países avanzados. Su número primero establece un conjunto de garantías básicas exigibles en todo tipo de procedimientos judiciales: el derecho a ser oído con las debidas garantías,²⁵ en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley.

Los números posteriores se refieren de manera detallada a las garantías específicas, adicionales a las generales, exigibles en materia penal. En primer lugar, en el número 2 aparece la presunción de inocencia y la igualdad de armas frente al acusador. También detalla muy específicamente las diversas

²³ GROSS (1991).

²⁴ Sobre los orígenes del Pacto ver BARRENA (2012).

²⁵ Es mejor y más clara la versión en inglés que se refiere a *fair hearing*.

manifestaciones del derecho a la defensa del acusado, las que incluyen contar con un traductor si es necesario; la comunicación detallada de los cargos en su contra; contar con el tiempo y los medios para preparar su defensa; el derecho a defenderse personalmente o a contar con un abogado de confianza; comunicarse libre y privadamente con su defensor; contar con un defensor proporcionado por el estado si no cuenta con uno propio; y el derecho a interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos propios. Establece también el derecho a no declarar contra si mismo y el derecho a recurrir del fallo condenatorio. En los números finales, 3 y 4 aparecen con toda claridad la prohibición de doble juzgamiento y el carácter público del juicio.²⁶

Las normas del Artículo 8 son las que se refieren al debido proceso en un sentido estricto. No obstante, están estrechamente vinculadas a ellas las normas de los artículos 5 y 7 que se refieren a la integridad personal y a la libertad personal, así como las del artículo 25 que se refiere a la protección judicial de todos los derechos. En el caso del proceso penal es claro que varias normas del artículo 5 formulan exigencias a su diseño y funcionamiento, las mas evidente de las cuales es la prohibición de la tortura, pero también está la separación de procesados y condenados y el juzgamiento de menores de edad por tribunales especializados. Respecto del artículo 7 existen exigencias en cuanto a la legalidad de la detención que son exigibles en el proceso penal y además esta establecida la necesidad del habeas corpus. El artículo 25 por su parte establece un criterio general aplicable a todas las materias, que exige un recurso judicial efectivo disponible a todas las personas para la protección de sus derechos.

El catálogo de garantías de la Convención Americana no incluye al juicio por jurados, en esto sigue la tendencia de otros cuerpos semejantes como la Convención Europea. Como producto de la convergencia de las tradiciones legales anglosajona y continental, y en general con la expansión del debido proceso a un número muy amplio de países con tradiciones diversas el jurado perdió la centralidad que tuvo en los debates del siglo XIX como garantía individual, no obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo en esto a la Corte Europea, ha dejado claro que el jurado de ningún modo es inconsistente con las exigencias del Artículo 8.²⁷

Pensamos que mientras no se apruebe un nuevo texto constitucional que contenga un texto semejante, es el artículo 8 de la Convención Americana la fuente más importante del debido proceso en Chile debido por una parte a su carácter obligatorio en el derecho internacional, por contar con un mecanismo jurisdiccional destinado a asegurar su cumplimiento, que incluye la posibilidad de que ciudadanos individuales presenten caso que puedan ser resueltos; y, por la existencia de normas constitucionales internas, como el artículo 5° que lo incorporan al derecho interno con un carácter supralegal, el que suponemos se reproducirá de algún modo en la nueva constitución.

El texto del artículo 8 tiene la ventaja de recoger las mejores tradiciones del debido proceso y resulta muy útil en nuestro país porque cláusulas semejantes a las que contiene han sido sujetas a desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios de muy alto nivel en las jurisdicciones más prestigiosas. Eso permite

²⁶ Sobre la aplicación de estas normas en el sistema Interamericano de Derechos Humanos ver: MEDINA (2005).

²⁷ Fallo V.R.P y V.P.C. y otros contra Nicaragua de 8 de marzo de 2018.

a los juristas y jueces chilenos ilustrar sus argumentos y decisiones con múltiples fuentes que suelen dar cuenta de los debates más intensos y mejor informados acerca del alcance de los diversos derechos que son universalmente aceptados como integrantes del debido proceso.

Pero además de las ventajas planteadas pensamos que el texto del artículo 8° incorpora a nuestro derecho una cláusula general que permite comprender uno de los componentes más importantes del debido proceso y que en nuestra opinión resulta indispensable para la adecuada aplicación de las garantías específicas. Nos referimos al encabezado del artículo 8 que en su versión en inglés indica: *Fair Trial*.²⁸

Es necesario recurrir a la versión en inglés, porque la versión en español no tiene las mismas connotaciones dado que se trata de un título bastante neutro: Garantías Judiciales. Lo interesante de esta expresión que se encuentra en el título del artículo 8 es que además de cumplir su natural función introductoria, nos acerca a algunas de las tradiciones más desarrolladas del debido proceso en que esta expresión se constituye en una cláusula general y fundamental del debido proceso que es muy importante para la comprensión y aplicación del resto de las garantías.

Así por ejemplo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el título del artículo 6°, que también es *Fair Trial*, ha sido objeto de múltiples invocaciones, siendo comprendido como una cláusula general.²⁹ Esta cláusula constituye una exigencia que ordena el sentido de todas las garantías, las en su conjunto deben dar lugar al resultado de un juicio justo.³⁰

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU así como en la literatura jurídica de ese país esta cláusula ha sido objeto de amplios desarrollos a pesar de que ella no está contenida explícitamente en la constitución.³¹ En ese país la cláusula básica está constituida por la sexta enmienda, que asegura un juicio público, rápido, ante un jurado imparcial donde el acusado pueda confrontar a los testigos en su contra y hacer comparecer a los testigos en su favor además de obtener la asesoría de un abogado.³²

²⁸ De acuerdo con el artículo 33 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, las versiones en todos los idiomas en que el tratado ha sido otorgado son igualmente válidos para la interpretación del mismo.

²⁹ LINDE, ORTEGA y SÁNCHEZ (1983) Sobre las invocaciones de la Jurisprudencia de la Corte Europea a la cláusula general de *Fair Trial* o *Fair Hearing* ver HARRIS et al. (1994). También MAHONEY (2004) También STAVROS (1993), quien indica: “*The right to a “fair hearing”, which is entrenched in Art. 6, should be seen therefore as the generic notion for the more specific guarantees of the provision*”

³⁰ En el informe de *Can vs Austria* la extinguida Comisión europea de Derechos Humanos dijo: “*las garantías incluidas en el artículo 6 no son fines en sí mismos. Su objetivo intrínseco es siempre asegurar o contribuir a asegurar la justicia/ razonabilidad (fairness) del del procedimiento criminal como un todo*”. Citado por STAVROS (1993), p 42.

³¹ BOGGS (1998).

³² En otros países de la tradición anglosajona se reconoce también la noción de *Fair Trial* como el núcleo del debido proceso. Por ejemplo, en Australia cuya constitución no contiene una carta de derechos el máximo tribunal ha establecido esa noción. En *MacKinney vs The Queen* (1991) la Corte Superior planteó: “*the central tesis of the administration of criminal justice is the entitlement of the defendant to a Fair Trial*”. En el caso de Cañada la Carta de Derechos establece explícitamente en el N 11.d que toda persona acusada tiene derecho a ser presumida inocente hasta que su culpabilidad sea probada “*in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal*”.

Esta cláusula fundamental ha tenido diversas utilidades para la aplicación del catálogo de derechos, pero nos parece que para nosotros existen dos que vale la pena mencionar. La primera esta expresada en la palabra *trial*. Esta expresión se traduce al español como Juicio y tiene entre nosotros una connotación prescriptiva muy importante porque en América Latina en general y en Chile en particular la tradición conservadora del proceso judicial ha tendido a entender que este puede organizarse de cualquier forma y por cualquier medio incluyendo fórmulas de tipo más bien administrativo, donde una autoridad judicial junta la evidencia lenta y fragmentariamente resolviendo de manera reservada y unilateral.

La expresión juicio connota ciertas exigencias formales como son la idea de un acto relativamente concentrado, generalmente público y oral, donde tiene expresión un conflicto entre partes y donde hay contradicción de versiones. Esta noción básica de juicio es muy importante porque la comprensión de las cláusulas específicas de garantía supone este escenario institucional básico, es difícil entender apropiadamente las garantías fundamentales fuera de este escenario. Es cierto que ninguna característica del Juicio es completamente rígida y en tal sentido no se trata de una definición precisa con contenidos inamovibles. Pero, las connotaciones que hemos identificado con esa expresión están atadas a ella de manera importante y su relativización requeriría argumentos fuertes respecto de un caso particular en el que puedan no cumplirse.

Summers, a partir de un análisis muy detallado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sostiene la necesidad de reconocer una directa vinculación entre el reconocimiento del *fair trial* como derecho básico y la estructura del juicio en una comprensión bastante ortodoxa del mismo. A mismo tiempo, se manifiesta crítica de la jurisprudencia del tribunal en cuanto al modo en que este ha resuelto al lidiar con algunos sistemas europeos de raíz inquisitiva en que, si bien existe un juicio oral y público, existen también una etapa investigativa en la que se pueden desarrollar válidamente, y con efectos definitivos, actividades como la declaración de testigos u otras que, en una concepción adversarial de juicio, debieran concentrarse en este. El tribunal en esto ha ido cuidadosamente estableciendo exigencias limitativas a las actividades que pueden tener lugar antes del juicio, pero no ha negado completamente su validez.³³

La segunda cuestión está vinculada a la expresión *fair*. Esta es una expresión que no tiene una traducción precisa al español pero que nos parece correcto decir que se vincula por una parte a la idea de lo justo y por otra a la idea de lo razonable. Es decir, una traducción adecuada de *fair trial* podría ser: juicio justo. O mejor aún: Juicio razonablemente justo.³⁴

La cláusula de *fair trial* alude entonces a una noción formal, esto es a la idea de que el debido proceso supone un juicio y que un juicio no es cualquier acto o conjunto de actos sino uno con características que tiene cierta flexibilidad, pero también cierta definición y que son conocidas para la cultura jurídica y política. Pero, además, tiene una connotación material, esto es la idea de que ese juicio debe ser

³³ SUMMERS (2007).

³⁴ STAVROS (1993).

justo es decir que en todos sus componentes debe estar presente un objetivo de realización de la justicia en sus diversas comprensiones, no es solo un acto de ejercicio del poder, sino que está vinculado a valores sustantivos de justicia que deben tener una expresión procedimental formal. Ismail plantea que la noción de *fair* que se exige respecto del juicio lleva implícitas, en la jurisprudencia de la Corte Europea varias exigencias como son la de una posición de igualdad entre las partes, la contradicción, la posibilidad de comparecer personalmente e incluso el derecho a un fallo fundado.³⁵

Por último, esta cláusula plantea un criterio de evaluación del grado de logro de las exigencias que las normas plantean al juicio. Es decir, la noción de que el juicio debe realizar la garantías no de un modo absoluto o perfecto sino uno razonable.

En nuestra opinión la noción de razonabilidad resulta fundamental para la aplicación de las normas del artículo 8 y en general todas las que establecen garantías del debido proceso. Las diversas garantías expresan exigencias que deben manifestarse en el juicio de manera simultánea. De este modo el juicio penal, por ejemplo, debe ser al mismo tiempo público, debe permitir ejercer la defensa y debe respetar la presunción de inocencia entre otras exigencias. Pero todas esas garantías pueden reconocer graduaciones en su aplicación. También pueden existir conflictos entre ellas, la realización de una de ellas en su máxima expresión puede suponer el detrimento de otra.³⁶

Pero, además, el juicio se desarrolla en un marco de restricciones propias de cualquier actividad humana. Los tiempos y los recursos son limitados, las capacidades de los intervinientes también lo son y las imperfecciones y errores son inevitables.

El tema es entonces que los juicios nunca podrán satisfacer todas las normas de garantía de modo perfecto, la imperfección, el error, la incompletitud son componentes ineludibles de cualquier actividad humana y en especial de una compleja y sometida a exigencias múltiples como un juicio. La expresión razonable responde a la pregunta de cuál es el nivel de satisfacción de cada garantía y de todas ellas en su conjunto para estimar que el juicio ha satisfecho la exigencia de las normas de debido proceso.

En los EEUU es bien conocido el principio que se expresa en el aforismo: “*toda persona tiene derecho a un juicio razonable, no a uno perfecto*”. Este supone diferenciar entre errores que afectan sustantivamente las garantías de aquellos que no lo hacen y que no ameritan la invalidación del juicio. La Corte Suprema de ese país estableció este criterio como regla, previa delegación de congreso en los años cuarenta. El propósito fue el de evitar la práctica tradicional de anulaciones por razones triviales, basadas en el principio que suponía que cualquier error en el reconocimiento de garantías debía hacer presumir el daño.³⁷

³⁵ ISMAIL (2019).

³⁶ En *Schenk v. Suiza* la Corte Europea de DDHH discutiendo acerca de si esta o no exigido por la Convención la exclusión de pruebas ilícitas y rechazando esa noción, declaró que solo puede evaluar si el juicio como un todo ha sido *fair*. Párrafo 46.

³⁷ FAIRFAX (2009).

V. CONCLUSIONES

La incorporación de las garantías del debido proceso al derecho chileno ha sido un proceso muy rápido y de gran impacto en los años recientes que ha recogido normas e ideas desde diversas fuentes debido a lo cual existe en la actualidad una cierta imprecisión en cuanto a cuáles son las garantías, a como se ubican en la jerarquía de fuentes de nuestro sistema jurídico, y a cómo puede interpretarse de manera adecuada dado que en muchas ocasiones provienen de culturas jurídicas diferentes a la nuestra.

Pensamos que la principal fuente y referencia de las garantías del debido proceso en Chile está constituida por el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Las razones para esto son en primer lugar que se trata de un texto que da muy buena cuenta del proceso de convergencia de tradiciones jurídicas que se ha decantado en catálogos internacionales de garantías que son bastante homogéneos. Pero, además se trata de un texto que forma parte de la legislación chilena con un carácter supra legal, y que además cuenta con un mecanismo de control como es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Pensamos, asimismo, que los textos de las constituciones chilenas no han representado un gran aporte por haberse mantenido tradicionalmente alejados de los desarrollos del derecho constitucional liberal en materia de garantías judiciales, expresando una tradición más bien autoritaria, en general contraria o a lo menos reticente al reconocimiento de límites al ejercicio del poder estatal.

El proceso de reformas judiciales que ha tenido lugar en las últimas décadas en Chile ha dado vigencia a varias garantías importantes y ha permitido que ellas se comiencen a insertar en la cultura jurídica chilena. No obstante, por estar expresadas en textos meramente legales no funcionan como cláusulas generales ordenadoras y limitativas de la legislación. Además, en el caso de las legislaciones no penales no existe un reconocimiento formal de garantías lo que dificulta su comprensión como tales y sobre todo la posibilidad de una elaboración doctrinal y jurisprudencial que progresivamente vayan definiendo su alcance y estandarizando su exigibilidad en los diversos tipos de procedimientos.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- BARRENA, Guadalupe (2012): *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Ciudad de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos).
- BOGGS, Danny (1998): "The right to a Fair Trial" en *University of Chicago Legal Forum* 1998, (Issue 1 Art. 2).
- BORDALÍ, Andrés (2011) "Análisis Crítico de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la Tutela Judicial Efectiva" en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 38 núm. 2).
- CARBONELL, Flavia y LETELIER, Raul (2020): "Debido Proceso y Garantías Jurisdiccionales", en: *Contre-*

- ras, Pablo y Salgado, Constanza (editores), *Curso de Derechos Fundamentales* (Santiago, Tirant lo Blanch).
- COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN (1996): *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación), t. I.
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian (2007): *Proceso Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GALDAMES, Luis (1992): *Historia Constitucional de Chile* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GARCIA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2013): “El Derecho a la Tutela Judicial y al Debido Proceso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, en: *Estudios constitucionales* (vol.11 núm. 2).
- GROSS, Hector (1991): *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos, Análisis Comparativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- HARRIS, David, O’BOYLE, Michael, BATES, Ed y BUCKLEY, Carla (1994): *Law of the European Convention on Human Rights* (Oxford, Oxford University Press).
- FAIRFAX, Roger (2009): “A Fair Trial, Not a Perfect One: The Early Twentieth-Century Campaign for the Harmless Error Rule”, en: *Marquette Law Review* (Vol. 93 Art.4).
- FERMANDOIS, Arturo (2009): “Debido Proceso y Bilateralidad de la Audiencia, Rigurosidad o Flexibilidad”, en: *Libro de Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss* (Santiago, Ediciones Universidad de los Andes).
- FONTECILLA, Rafael (1978): *Tratado de derecho Procesal Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LANGER, Máximo (2007): *Revolución en el proceso penal latinoamericano, difusión de ideas desde la periferia* (Santiago, Centro de Estudios de Justicia de Las Américas).
- LINDE, Enrique, ORTEGA, Luis y SÁNCHEZ, Miguel (1983): *El Sistema Europeo de Protección de Los Derechos Humanos, Estudio de la Convención y de la Jurisprudencia* (Madrid, Editorial Civitas).
- LÓPEZ, Julián (2006): “Debido proceso en Chile; hacia un principio Generador de reglas”, en: Bordalí, Andres (coordinador) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Santiago, Lexis Nexis).
- LÓPEZ, Osvaldo (1969): *Derecho Procesal Penal Chileno* (Santiago, Ediciones Encina).
- MAHONEY, Paul (2004): “Right to a Fair Trial in criminal matters under Article 6 E.C.H.R”, en: *Judicial Studies Institute Journal* (4.2).
- MEDINA, Cecilia (2005): *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial* (Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos)
- OCARANZA, Francisco (2008): “La Constitución Política de 1828, testimonio del ideario liberal”, en: *Revista Ars Boni et Aequi* (N° 4).
- PÉREZ, Antonio-Enrique (2014): “Derechos y Libertades en la constitución de 1812”, en: *Revista de historiografía* (N° 20).
- PIWONKA, Gonzalo (2008): “Los juicios por jurado en Chile” en *Revista Chilena de Historia del Derecho* (Vol 20).
- ROXIN, Claus (2000): *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Editores del Puerto).
- STAVROS, Stephanos (1993): *The Guarantees for Accused Person under the Article 6 of the European Convention on Human Rights* (Martinus Nijhoff)
- SUMMERS, Sarah (2007): *Fair Trials, The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights* (Hart Publishing)
- ISMAIL, Alaa (2019) “The Right to a Fair Trial before The European Court of Human Rights”, en: *Economics, Law and Policy* (Vol. 2 núm. 2).

VERGARA, Felix y BUSTOS, Brian (2019): *La Garantía del Debido Proceso Penal en la Jurisprudencia de Inaplicabilidad del Tribunal Constitucional (2011-2017)* (Santiago, Editorial Ius Civile).

WESTERMEYER, Felipe (2015): "Joaquín Fernández de Leiva: primer constitucionalista chileno de fama internacional", en: *Revista de Derecho Público* (Vol 82).

Normativa citada

Constitución de la Nación Argentina de 1853.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Convención Europea de Derechos Humanos de 1950.

Constitución española de 1812.

Constitución chilena de 1828.

Ley Nº 20.022, que crea los Juzgados Laborales y Juzgados de Cobranza Previsional, 30 de mayo de 2005.

Ley Nº 19.968, crea los Tribunales de Familia, 30 de agosto de 2004.

Ley de garantías individuales, promulgada el 25 de setiembre de 1884.

Jurisprudencia citada

V.R.P. y otros con Nicaragua (2018): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 8 de marzo de 2018.

McKinney con The Queen (1991): High Court of Australia, 171 CLR 465.

Schenk con Suiza (1998): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 12 de julio de 1998, 10864/84.

La perspectiva de género en la valoración de la prueba en procedimientos laborales por acoso

Gender perspective in evidence assessment in labour harassment proceedings

Sophía Romero Rodríguez

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile.

Correo electrónico sophia.romero@pucv.cl. Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2893-3131>.

Macarena Jaque Reinuaba

Santiago, Chile.

Correo electrónico: macjaque@alumnos.uai.cl. <https://orcid.org/0000-0002-6457-2433>.

Lucas Prieto Decap

Santiago, Chile.

Correo electrónico: lucprieto@alumnos.uai.cl. <https://orcid.org/0000-0003-0676-0206>.

Jaime Zuleta Yong

Santiago, Chile.

Correo electrónico: jazuleta@alumnos.uai.cl. Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5202-7008>.

Recibido el 29/09/2021

Aceptado el 04/05/2022

Publicado el 30/06/2022

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n40-05>

RESUMEN: El presente artículo pretende abordar la incorporación de la perspectiva de género como una máxima de la experiencia en las sentencias judiciales por acoso laboral. De esta forma, proponemos que se excluyan los sesgos y estereotipos de género que in-

ABSTRACT: *This article aims to address gender mainstreaming as a principle drawn from experience in judicial rulings on workplace harassment. In this way, we propose the exclusion of gender biases and stereotypes that influence the way in which harass-*

fluyen en la forma de analizar el acoso que se produce en un contexto laboral y que finalmente repercuten en las resoluciones dictadas en procesos judiciales que conocen de estas materias. En esta materia y en base a la jurisprudencia nacional analizada, el sesgo de género determina la vulneración de la igualdad ante la ley, afectando los derechos subjetivos de quienes son víctimas de conductas de acoso y que luego son partes en un proceso judicial laboral.

PALABRAS CLAVE: Género, máximas de la experiencia, acoso laboral, proceso, valoración de la prueba.

ment in a labour context is analysed and that ultimately have repercussions on the decisions handed down in judicial proceedings that deal with these matters. In this regard and based on the analysis of national case-law, gender bias determines the violation of equality before the law, affecting the subjective rights of those who are victims of harassment and who are then parties to a labour court proceeding.

KEY WORDS: Gender, principles drawn from experience, harassment at work, process, evidence assessment.

I. INTRODUCCIÓN

Si existe un ámbito en donde las diferencias de género tienen una repercusión mayor, es en el contexto de las relaciones de trabajo. Considerando connaturales las desigualdades de las partes en el seno de este tipo de relaciones -en razón de los poderes de dirección que ejerce el empleador respecto de las labores del trabajador- tales diferencias se agudizan respecto de aquel/la trabajador/a que se encuentra en una posición de vulnerabilidad, sea por su condición sexual, su género, su adscripción a una etnia, una discapacidad física o cognitiva, sus creencias o cualquier circunstancia que pueda generar algún trato diferenciado e injustificado.

Situaciones de esta naturaleza pueden motivar el término de la relación laboral o pueden producirse precisamente, con ocasión del término de ésta, lo que generará la necesidad de que tales circunstancias deban ser acreditadas en juicio por aquella parte que las invoca, por regla general, como justificación de sus peticiones de condena ante el órgano jurisdiccional.

En este sentido, la labor del juez es especialmente importante al ponderar la prueba, pues en ella se articulan juicios de valor que pueden ser distintos si se considera la perspectiva de género como una máxima de la experiencia.

El presente trabajo tomará tal aproximación teórica en el ámbito del proceso laboral, considerando las máximas de la experiencia como resultado de una cultura y una sociedad que poseen diversos acercamientos a la problemática de género, lo que representa un desafío para la actividad juzgadora. En vista de lo anterior, el presente trabajo se articulará en tres partes: en primer lugar, se abordarán las relaciones laborales y las conductas que se pueden generar dentro de ésta, consideradas como actos de acoso y cómo la perspectiva de género puede incidir en la forma en que se vinculan empleadores y trabajadores en el seno de esta relación jurídico-privada. En segundo lugar, se plantea la judicialización de esta cuestión, particularmente los tipos de hechos que se introducen al proceso en este ámbito y los medios de prueba que permiten dar por establecidos tales enunciados de hecho. Por último, se aborda de qué forma la perspectiva de género puede configurarse como una máxima de la

experiencia y el juez puede considerarle al momento de valorar la prueba. Se acompañará la discusión doctrinaria con análisis de fallos judiciales pertinentes dictados por juzgados de letras del trabajo de todo Chile,¹ del periodo comprendido desde el año 2019 al año 2021, principalmente, para finalizar con un acápite donde se expondrán las conclusiones del presente artículo.

II. EL ACOSO COMO MANIFESTACIÓN DE LAS DESIGUALDADES ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

A. El concepto de acoso laboral o *mobbing*

La Ley N° 20.607 publicada el 08 de Agosto de 2012, incorporó a nuestro sistema jurídico una definición de acoso laboral en el artículo 2 del Código del Trabajo, como “(...) *toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo*”.

Se califica como una conducta que vulnera la dignidad del trabajador, y a su vez se contempla en el artículo 160 del Código del Trabajo como una de las causales de terminación del contrato de trabajo respecto de aquel trabajador que en el contexto de la relación laboral comete conductas de esta naturaleza. Este artículo prescribe que el contrato laboral termina sin derecho a indemnización alguna cuando se dan conductas de acoso sexual (Número 1, letra b) o acoso laboral (Número 1, letra f).

En la doctrina, el *mobbing* se puede definir como “(...) *una serie de conductas que implican violencia o maltrato psicológico entre diversos actores de la relación laboral, conductas de las que, en su gran mayoría, la víctima es un trabajador, quien sufre de un proceso vejatorio de su dignidad, a manos de su empleador o de sus propios compañeros de trabajo*”.²

Del mismo modo, en la jurisprudencia se ha definido como el “(...) *proceso conformado por un grupo conjunto de acciones u omisiones, en el ámbito de las relaciones laborales públicas y privadas, en virtud de las cuales uno o más sujetos acosadores crean un ambiente laboral hostil e intimidatorio respecto de uno o más acosados, afectando gravemente su dignidad personal y dañando la salud del o los afectados con miras a lograr distintos fines de tipo persecutorio (Gamonal/Prado)*”.³

Así, también ha sido conceptualizado como “(...) *situación de hostigamiento de cierta de intensidad*

¹ Se utilizaron fallos de tribunales inferiores, debido a que el análisis y aplicación de las máximas de la experiencia se produce de forma mayoritaria por el juez de la instancia, y no por los tribunales de nulidad constituidos en Chile en materia laboral por las Cortes de Apelaciones.

² VILLALÓN (2013), p. 231.

³ Vilches con Fisco de Chile (2020).

sobre el trabajador o víctima”⁴ Para Ugarte, el acoso laboral se encuentra conformado por: a) la existencia de una conducta persistente; b) la conducta se despliega con una finalidad determinada; c) la conducta supone la producción de un resultado lesivo de los derechos del trabajador.⁵

Desde el análisis del concepto, la jurisprudencia ha señalado que “es posible inferir que el legislador ha concebido las conductas constitutivas de acoso laboral en términos amplios, en forma tal que permita considerar como tales todas aquellas conductas que impliquen una agresión física hacia el o los trabajadores afectados o que sean contrarias al derecho que les asiste, así como las molestias o burlas insistentes en su contra, además de la incitación a hacer algo, siempre que todas dichas conductas se ejerzan en forma reiterada, cualquiera sea el medio por el cual se someta a los afectados a tales agresiones u hostigamientos”⁶

Aunque la aplicación del concepto *mobbing* comenzó hace unas pocas décadas, se puede decir que “(...) el acoso laboral ha existido siempre, desde el principio de los tiempos y parece consustancial a la naturaleza humana, siendo lo único nuevo de la situación el reconocimiento de la misma y la defensa jurídica frente al ataque (...)”⁷

Un sector de la doctrina chilena, encabezado por el profesor Sergio Gamonal, aborda el fenómeno del acoso laboral desde la perspectiva de la dignidad humana en relación con la ciudadanía en el trabajo, considerando que hay una serie de derechos básicos -que entendemos como fundamentales o humanos- comunes a toda persona sin distinción, donde se comprende desde el derecho a la vida, las distintas libertades, derechos sociales y los derechos laborales reconocidos a nivel constitucional y en instrumentos de Derecho Internacional.⁸

Resulta imprescindible realizar un acercamiento al concepto de *ciudadanía en la empresa* para la debida comprensión del acoso en el ámbito laboral, pues ésta comprende derechos fundamentales que tiene el trabajador en su calidad de ciudadano -sus derechos civiles y políticos- los que están amparados en sus relaciones laborales dentro de la organización, pudiendo o no estar expresamente contemplados en la legislación laboral, y en caso de no estarlo se entienden incluidos por estar reconocidos en la Constitución Política de la República.⁹ Así, la eficacia de estos derechos opera también de forma horizontal, en el ámbito privado, y no sólo verticalmente, respecto de los órganos del Estado y los ciudadanos.

En el seno de la relación privada-laboral y en una sociedad estereotipada por los sesgos de género, las mujeres son las más propensas a sufrir hostigamiento. Ello, porque las características masculinas

⁴ UGARTE (2012), p. 229.

⁵ UGARTE (2012), pp. 225-228.

⁶ *Nehue con Junta Nacional de Jardines Infantiles* (2021).

⁷ CERVERA y ROJO (2005), p. 21.

⁸ GAMONAL (2013), pp. 83-119.

⁹ GAMONAL y GUIDI (2015), pp. 274- 349.

- racionalidad, objetividad y actividad-, están por sobre lo femenino. Dicho de otra forma, lo femenino está subordinado a lo masculino.¹⁰

Así, el rol masculino se considera más relevante en el contexto laboral por tener esas características, pues se concibe que éstas son más útiles para el cumplimiento de las metas de la organización, siendo la mujer víctima frecuente del poder de dominio del hombre, lo que es consecuencia de la desigualdad de género en la sociedad, la que trasciende a la esfera laboral.

De esta forma, en materia laboral es crucial considerar el sesgo de género cuando se analizan los casos, dado el contexto de la subordinación y desigual relación que se configura.

B. El género como concepto, los estereotipos y la perspectiva de género

La Real Academia de la Lengua Española define género en su tercera acepción como “Grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico”.¹¹ Aquel elemento sociocultural que se menciona, en relación a la sociedad en la que nos desenvolvemos hoy en día ha sido un factor de suma incidencia en como hoy en día el género femenino suele verse desprotegido en la relación laboral, esto dada la concurrencia de estereotipos que concurren en cómo se abordan los casos de acoso laboral.

Una frase recurrente para explicar el concepto de género en el ámbito femenino es “(N)o se nace mujer, sino que se llega a serlo”.¹² De Beauvoir explica que lo que se ha entendido históricamente como mujer ha sido construido por la sociedad conforme a cómo debería comportarse un ser humano para ser considerado como femenino, limitando las libertades y restringiendo la forma de ser a determinados supuestos y actitudes. De este modo, el ser mujer es una construcción social, cultural e histórica. En el mismo sentido, Butler sostiene que existe una obligación cultural del modo de ser femenino, estableciendo que “(...) el sexo, por definición, siempre ha sido género”.¹³ Es así como, el concepto género determina las características sociales y culturales asignadas para hombres y mujeres, usando como base su sexo. Se asocia a la mujer con ciertos atributos, y al hombre a otros, dependiendo de sus diferencias biológicas.

Así los roles de hombres y mujeres se construyen bajo la lógica de sexo género, comprendido este como un “sistema social que transforma la diversidad biológica en productos de la actividad humana mediante construcción de la femineidad y masculinidad en conceptos opuestos y jerarquizados”.¹⁴ Del mismo modo, se han creado vínculos de pertenencia a tales grupos, las que trazan “líneas abismales

¹⁰ OLSEN (2000), pp.137-138.

¹¹ RAE (2014).

¹² DE BEAUVOIR (2016), p. 207.

¹³ BUTLER (1999), p. 57.

¹⁴ ZÚÑIGA (2020), p. 11.

entre un mundo de pertenencia legítima frente a otro de subordinación y expulsión”.¹⁵ Se atribuyen características generalizantes que se oponen entre sí, tal como que la mujer es emocional y frágil, en oposición al hombre que debe ser racional y fuerte.¹⁶ Esta concepción provoca el alzamiento de barreras entre ambos géneros que excluye a la mujer de una valoración igualitaria al hombre.

Mención especial debe efectuarse respecto al rol de la mujer dentro de la familia asociado a la reproducción, a diferencia del hombre que es proveedor. De esta forma se asocia el desarrollo de la mujer dentro de un contexto privado, alejado de lo público, del cual se encarga propiamente el hombre.

Evidentemente, las diferencias biológicas existen, pero esta no justifica las desigualdades en el ejercicio de los derechos subjetivos existentes, ni debe condicionar la forma de ser, las decisiones o actitudes con las que se desarrollará cada persona. Las diferencias que se han desarrollado son resultado de esta separación de las posiciones que deben tener mujeres y hombres dentro de la sociedad.¹⁷

Es precisamente desde allí donde nacen los estereotipos, los que se definen como “(...) imágenes simplificadas que generalizan y/o exageran aspectos de un determinado grupo social y que son compartidas por un conjunto de personas. Estos impiden ver la realidad como es y van habitualmente asociados a prejuicios peyorativos”.¹⁸ En otras palabras, se promueve una determinada manera de pensar respecto de los roles que se conciben para hombres y mujeres, sobre cómo deben actuar y desenvolverse en la sociedad según su sexo, lo que puede generar una discriminación.

Tener e incorporar perspectiva de género está dado por eliminar todas esas construcciones que se han generado a lo largo del tiempo y que han determinado cómo mujeres y hombres deben ser, comportarse y actuar, lo que conlleva una mentalidad libre de patrones y cargas culturales lo que, sin duda, redundará en las relaciones interpersonales, también en las del ámbito laboral.

Si eliminamos estas construcciones, estaremos suprimiendo argumentalmente el hecho que las identidades se deben regir bajo determinadas reglas, es decir, que se deba actuar de una manera específica siguiendo una “(...) relación de coherencia y continuidad entre sexo, género, práctica sexual y deseo”.¹⁹ Desde allí podemos construir una verdadera igualdad en donde existan los mismos derechos, deberes y posibilidades tanto para hombres como mujeres, no sólo en el ámbito laboral, sino que en cualquier relación jurídica o no.

Se deben identificar los estereotipos que encasillan los papeles sociales de hombres y mujeres, cuestionando los prejuicios de los que somos parte, logrando así reconocer la diversidad de modos de vivir, que no se encuentran condicionados por el hecho de ser hombres o mujeres, sino que aten-

¹⁵ LITARDO (2018), p. 45.

¹⁶ ASOCIACIÓN DE MAGISTRADAS CHILENAS Y COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y GÉNERO DE LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE MAGISTRADOS (2015), p. 10.

¹⁷ LITARDO (2018), pp. 45-48.

¹⁸ SECRETARÍA DE COMUNICACIONES Y SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER (2016), p. 5.

¹⁹ BUTLER (1999), p. 72.

diendo a las diferencias culturales y personales que se pueden generar. Así, la perspectiva de género pretende la comprensión y transformación de las condiciones que generan desigualdades históricas para evitar que se perpetúen.

El lenguaje puede cambiar la forma de cómo nos relacionamos, por ello, la incorporación de perspectiva de género en las sentencias judiciales podrá eliminar aquellos sesgos, estereotipos y construcciones desiguales que se han generado a lo largo del tiempo al tener una visión unidireccional de la realidad, lo que generará que se configure un derecho libre de prejuicios, buscando una verdadera igualdad material y dejando de perpetuar actitudes que no hacen más que promover inequidades.²⁰

III. LA JUDICIALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE ACOSO COMO SUPUESTO DE HECHO DE LAS PRETENSIONES O DEFENSAS DE LAS PARTES

La ocurrencia de conductas de acoso, al constituir una vulneración de los derechos del trabajador, podrá determinar el inicio de un procedimiento laboral para que así se declare, y se establezcan judicialmente las consecuencias jurídicas previstas en la ley laboral.

El juez de letras del trabajo deberá conocer de estas acciones mediante el procedimiento de aplicación general cuando se trate de conductas constitutivas de acoso que puedan provenir del empleador o de otros dependientes. Si las acciones provienen del empleador, también se podrá invocar juntamente con la figura de acoso, una vulneración de derechos fundamentales que podrá ser perseguida mediante la aplicación del procedimiento por tutela laboral, conforme los párrafos 3° y 6° del Título II del Libro V del Código del Trabajo, respectivamente.

“El procedimiento de tutela laboral es aplicable a los casos en que el empleador en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce, limite el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. Vulneración que se puede producir en dos etapas diversas de la relación laboral: durante la vigencia del contrato de trabajo de un trabajador, situación regulada en el artículo 485 del Código del Trabajo, y al momento del despido del trabajador, cuestión detallada en el artículo 489 del Código del Trabajo. El tenor literal de ambos preceptos legales no deja duda de lo sostenido.”²¹ El primer supuesto de aplicación procede cuando se lesione al trabajador en sus derechos laborales ya sea por la aplicación de normas laborales o por el ejercicio de sus facultades, por parte del empleador. Cabe señalar que se entienden comprendidos actos discriminatorios, ya sea en la ejecución o al término de la relación laboral.

Asimismo, cabe recalcar que, *“(E)l deber de seguridad que tiene el empleador es de carácter amplio y cubre todas las medidas que sean pertinentes para asegurar la integridad de los trabajadores, de modo que un análisis integral de la prueba nos debe permitir acceder a una solución al asunto planteado al*

²⁰ BUTLER (1999), p. 87.

²¹ Garzón con Inversiones COLCHILE LTDA (2019).

conocimiento del tribunal. Respecto al cumplimiento de la obligación de seguridad y protección, la carga de prueba corresponde a la demandada, conforme a la distribución del artículo 1698 del Código Civil”.²²

A. Hechos a probar en el proceso

Habiendo referido precedentemente las categorías dogmáticas del Derecho laboral relativas al acoso como elementos de hecho constitutivos de tales conductas, a nivel procesal es necesario señalar que el demandante, quien normalmente será el trabajador víctima de tales conductas, indique en su libelo cuáles son los hechos acaecidos y que constituyen el acoso laboral.

Sobre la importancia de la especificación de los hechos en procedimientos de tutela, se ha resuelto que “(S)e estima de mayor relevancia en primer término destacar el libelo pretensor por su vaguedad e indeterminación, en tanto consigna supuestos hechos sin señalamiento claro de oportunidad ni aún referencial en que habrían ocurrido, (...) produciéndose un salto argumentativo que desde la sola presentación de la demanda podría haber implicado el rechazo de la misma”.²³

Chiovenda, califica estos hechos como “jurídicos”, vale decir, “(...) los cuales se deriva la existencia, la modificación o la cesación de una voluntad concreta de ley”;²⁴ distinguiendo éstos de los hechos simples o aquellos que solo importan al derecho en tanto sirvan de prueba del hecho jurídico. Estos hechos son los que en doctrina se denominan hechos jurídicamente relevantes, o constitutivos de la causa de pedir de las acciones,²⁵ y que en la medida que sean acreditados, “(...) dan vida a la aplicación concreta de la norma”.²⁶

Por otro lado, el demandado, si opone excepciones, deberá alegar hechos que permitan desestimar la pretensión del actor: estos pueden ser extintivos e impeditivos. Los primeros se pueden definir, como los “(...) que hacen cesar una voluntad concreta de ley y la consiguiente expectativa”;²⁷ y los impeditivos como aquella “categoría intermedia de hechos jurídicos fundada en la relación en que se encuentran entre sí las diversas circunstancias que se requieren para que nazca un derecho”.²⁸

En base a estas clasificaciones se expresa que para que quien tenga la calidad de autor tenga efectivamente el derecho de acción se requiere que los hechos constitutivos se precien como tales, así como que no existan o concurran hechos jurídicos impeditivos y/o extintivos, ya que aquello supondría una sentencia desestimatoria, en la que por consiguiente se rechaza la acción, actuando el juez de oficio y sin necesidad de una instancia previa en la que concurra el demandado, pues la demanda se tendrá

²² Salazar con Comercial e Industrial DELVA S.A. (2020).

²³ Barrera con BC Consultoría E Inversiones SpA (2021).

²⁴ CHIOVENDA (1977), p. 335.

²⁵ TAPIA (2000), p. 22.

²⁶ CHIOVENDA (1977), p. 335.

²⁷ CHIOVENDA (1977), p. 335.

²⁸ CHIOVENDA (1977), p. 336.

por infundada.²⁹ En todos estos supuestos de hecho, hablamos de hechos directos, ya que constituyen en sí mismos los elementos que fundamentan directamente las peticiones de las partes.

Aplicando estas categorías a los supuestos de acoso, se tendrán por hechos constitutivos de la pretensión:

1. Una conducta que puede ser de carácter sexual o no, pudiendo suponer una modalidad activa u omisiva. Se incluyen conductas como malos tratos de obra, de palabra, las que podrían generar repercusiones en la situación profesional y de vida de la víctima, por ejemplo, cuando se juzga el trabajo realizado, se le ignora evitando asignarle un trabajo, se burlan de su vida privada o sexual, se le amenaza verbalmente o se le fuerza a consultar un psiquiatra.³⁰ También se pueden incluir actos de significación sexual, como roces con las partes erógenas del cuerpo, exhibicionismo, fotos íntimas, etc.³¹ La jurisprudencia en cuanto a la conducta de acoso sexual como causal de término de la relación contractual, valora las pruebas rendidas, desestimando especialmente otras como el despido injustificado si se acredita el: “(...) haber incurrido en conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas relativas a acoso sexual e incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato (...) Finalmente en cuanto a la proporcionalidad de la medida adoptada por el empleador, a juicio de esta juez se aprecia como proporcional a los hechos constatados y a la gravedad de los mismos (...) Es decir, de su aplicación como causal de término de la relación laboral sin derecho a indemnización”.³²

2. Conducta indeseada por el afectado: Pueden considerarse repercusiones en las relaciones sociales o en la estima social de la víctima cuando se pone en ridículo a ésta, burlándose de algún impedimento físico, difundiendo rumores, hablando mal a sus espaldas o insultándola frente a sus compañeros de trabajo.³³ Si el acoso es de tipo sexual, se debe considerar este elemento con el objeto de distinguir entre una conducta socialmente aceptable y una que constituye acoso, ya que las posteriores conductas realizadas por el victimario tras el rechazo del afectado lo configurarán.³⁴

3. Conducta desarrollada en el ámbito de la relación de trabajo: Debe ser realizadas en el ámbito espacial en el cual se desarrolle el trabajo entre las dos personas. Quedan excluidos actos que se realicen fuera de aquel, aunque fueran pares de trabajo y/o empleador.³⁵ Así, por ejemplo, si a la víctima se le traslada a un lugar alejado de sus compañeros, se evita el contacto con ésta, se le dice que cada trabajo que hace es erróneo o se le asignan una sobrecarga de trabajos, estaríamos en presencia de un acoso que origina en el contexto laboral de la víctima.³⁶

²⁹ CHIOVENDA (1977), p. 338.

³⁰ CERVERA y ROJO (2005), p. 33.

³¹ PALAVECINO (2006), pp. 108-111.

³² Novoa con CODELCO Chile División Chuquicamata (2020).

³³ CERVERA y ROJO (2005), p. 33.

³⁴ PALAVECINO (2006) pp. 108-111.

³⁵ PALAVECINO (2006) pp. 108-111.

³⁶ CERVERA y ROJO (2005) p. 32.

Estos son los hechos que deben ser acreditados en un juicio laboral en donde el supuesto de hecho que justifica la pretensión del actor(a) es el acoso laboral, sea sexual o no.

B. Medios de prueba

Determinados cuáles son los enunciados de hecho que deben ser probados en el juicio, por ser establecidos en la resolución que recibe la causa a prueba dictada en la audiencia de preparación respectiva, surge la dificultad de probar a través de medios de prueba concretos tales circunstancias.³⁷ Conforme el art. 453, 4) del Código del Trabajo, en el proceso laboral por tutela existe libertad probatoria, lo que significa que las partes pueden acreditar sus alegaciones fácticas mediante cualquier elemento que pueda generar certeza en el tribunal sobre el acaecimiento del hecho.

Por lo tanto, al usar medios de prueba para corroborar o demostrar la falsedad de un enunciado, estos deben “(...) apoyarse en antecedentes que posean la aptitud de proporcionar información específica sobre acontecimientos; en datos sensibles que desempeñen una función cognoscitiva de los sucesos de la causa; en bases objetivas que permitan una confirmación de la hipótesis factual presentada por los litigantes; en una materia prima con la cual el tribunal pueda elaborar la sentencia en el plano de la cuestión fáctica.”³⁸

La mayor dificultad en los procesos en donde se debe probar el acoso está dada por elementos subjetivos de la figura, esto es, lo indeseado de la conducta por parte de la víctima y la intencionalidad del agente respecto del perjuicio para aquélla,³⁹ ⁴⁰ “el legislador introdujo una reducción probatoria, consistente en la obligación del trabajador de presentar indicios suficientes de la vulneración de garantías fundamentales que alega. Ello no significa inversión del onus probandi, ya que no es suficiente la mera alegación de una lesión a un derecho fundamental para que se traslade al empleador la carga probatoria, sino que ella consiste en aliviar la posición del trabajador exigiéndole un principio de prueba por el cual acredite indicios de la conducta lesiva, o sea, debe acreditar hechos que generen sospecha fundada (...) es de gran dificultad probatoria a través de los elementos tradicionales de prueba, especialmente, para la parte más débil de la relación laboral desde el punto de vista de acceso a los medios de prueba. Por esta razón, ha sido abordado por el legislador, mediante una reducción probatoria referida.”⁴¹

Así la inexistencia de consentimiento en los hechos constituye el mayor problema en términos probatorios en conductas de acoso ya que, de lo contrario, podría considerarse como un mero “coqueteo” o “flirteo”, y una exageración por parte de la víctima, Es aquí donde se hace adecuado relacionar los hechos a probar, con los conceptos de máximas de la experiencia y perspectiva de género.

³⁷ PALOMO (2012), pp. 244-245.

³⁸ MENESES (2008), p. 53.

³⁹ UGARTE (2012), p. 229.

⁴⁰ CAAMAÑO (2011), p. 238.

⁴¹ Labarca con Servicio de Salud Aysén (2021).

Si el hecho que se debe probar es el acoso, y éste no es posible acreditarlo mediante prueba alguna, se deben probar otros hechos, de carácter secundario, indirecto o indiciario, que en la medida que se den por establecidos, permitirán sustentar al juez que probabilísticamente, el hecho directo sí ocurrió.

De esta manera es menester hacer la distinción entre el hecho directo e indirecto. Siempre que el hecho directo haya sido alegado por el actor o por el demandado en sus escritos principales es posible establecerlo, mediante la introducción de un hecho secundario o indiciario a propósito de la prueba del juicio sin que necesite ser alegado en el juicio.⁴²

En base a esta clasificación, y del mismo modo, existen las pruebas directas e indirectas. Las directas son aquellas que, mediante el medio de prueba, se logra percibir el hecho que se debe probar, mientras que la indirecta es la por cual, mediante otro objeto de la percepción, distinto al de la prueba, es posible que el juez deduzca el hecho directo.⁴³

Así, si en un juicio de acoso laboral la víctima no posee un medio de prueba que le permita al juez percibir directamente la afirmación de hecho, podrán hacerse valer pruebas indirectas que logren demostrar que efectivamente existió un acto de acoso laboral, efectuando el juez un raciocinio deductivo.⁴⁴

Ahora bien, considerando los elementos objetivos del tipo de acoso, esto es, la periodicidad y sistematicidad de la conducta, la víctima tiene la posibilidad de producir prueba para que con posterioridad se dicte una sentencia eventualmente favorable. En este sentido, se pueden utilizar todos los medios probatorios que permitan establecer los hechos, aunque también se podría utilizar prueba indirecta.

Por tanto, en cuanto a lo que se refiere a materia probatoria tal como se desprende de lo dicho anteriormente, las conductas como el acoso laboral, son difíciles de probar, cuestión que se hace más compleja por la apreciación que los jueces hacen de la prueba rendida, en virtud de cierta concepción tradicional existente en los tribunales de justicia que se observa en las sentencias donde no hay flexibilidad probatoria en estos casos frente a la significancia de los hechos y el frágil escenario probatorio de la trabajadora afectado.

IV. LA CONSTRUCCIÓN DEL FALLO JUDICIAL

En base a los elementos incorporados en la etapa probatoria del proceso, el juez deberá construir una argumentación que le permita justificar la decisión que ha tomado. Así, la sentencia judicial debe

⁴² MARINONI y CRUZ (2015), p. 92.

⁴³ MARINONI y CRUZ (2015), p. 93.

⁴⁴ MARINONI y CRUZ (2015), p. 94.

estar motivada en hechos que se han introducido al juicio, ya sea por las partes o por el juez, con el fin de que este acto se base en los elementos discutidos a lo largo del procedimiento, lo que está recogido en nuestro ordenamiento en consideración a la garantía constitucional del debido proceso (art. 19, N° 3, inciso 6° de la Constitución), el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil y el art. 459 del Código del Trabajo.

La motivación como tal, en palabras de Taruffo, puede ser considerada como “(...) un posible conjunto de datos de hechos (en línea de máxima, heterogéneos entre ellos), cuyo valor indiciario varía en cada ocasión dependiendo de los criterios de interpretación utilizados”.⁴⁵ Así, es necesario tomar como base el conjunto de hechos relevantes presentes en el proceso, y, a partir de éstos, llevar a cabo una reconstrucción analítica por parte de un intérprete, es decir, del juez.⁴⁶ Y para que el juez pueda efectuar una decisión justa, es necesario que tome en cuenta la *quaestio facti*.

Se ha señalado al respecto que “(...) la tarea más importante respecto a la *quaestio facti* consiste en la adecuada selección de los hechos para efectuar, posteriormente, un control de relevancia de las aserciones fácticas, es decir, la valoración de los hechos alegados y probados, que permita la debida calificación jurídica”.⁴⁷

Esto significa que, para que la resolución sea congruente, justificada y motivada, es necesario que se tomen en cuenta los antecedentes de las partes, los enunciados de hecho de las pretensiones, sus fundamentos, las pruebas alegadas y los hechos que pudieron ser probados con éstas.⁴⁸

De este modo, los hechos en que se ha motivado la sentencia provienen directamente de una actividad intelectual del juez, de la interpretación que éste efectúa, la que posee una función decisiva con relación a la sentencia judicial. Pero el problema se suscita al momento de determinar cuáles son los hechos que, no solo pueden, sino deben ser considerados por el juez para poder fallar, y cuáles no. Esto último surge porque, de la interpretación de un mismo elemento probatorio pueden derivar varios significados, en donde, algunas de las interpretaciones posibles permitirían acoger la demanda, mientras que otras no permitirían tal posibilidad. Pero, como se mencionó, toda argumentación que podría contribuir a dictar una decisión idónea queda a juicio del tribunal, siempre que justifique las razones por las cuales otorga valor probatorio a determinado elemento para establecer determinado hecho.

Sin embargo, es necesaria la presencia de un contenido mínimo en relación con la motivación. Según Taruffo, su ausencia total provocaría la inexistencia de la sentencia que se dictó, por haber sido pronunciada con ciertos vicios que no permiten que sea considerada acorde a derecho. Así, tres condiciones son necesarias para considerar una sentencia como motivada: “a) la enunciación de las

⁴⁵ TARUFFO (2011), p. 77.

⁴⁶ TARUFFO (2011), p. 78.

⁴⁷ ALISTE (2011), p. 295.

⁴⁸ ALISTE (2011), p. 289.

elecciones realizadas por el juez en función de: identificación de las normas aplicables, verificación de los hechos, calificación jurídica del supuesto, consecuencias jurídicas que se desprenden de la misma; b) el contexto de vínculos de implicación y de coherencia entre estos enunciados (...); c) la calificación de los enunciados particulares sobre la base de los criterios de juicio que sirve para valorar si las elecciones del juez son racionalmente correctas⁴⁹.

Por lo tanto, es esencial que el juez tenga presente estos presupuestos a la hora de fallar, para demostrar que ha dictado resolución en el caso a partir de los hechos y derecho presentes en el procedimiento, obteniendo como resultado conexiones lógicas entre estos elementos.

A. La valoración de la prueba

En los procedimientos regidos por la oralidad, la valoración de la prueba comienza en el momento en que el juez la percibe en la audiencia de juicio. Tras el ofrecimiento e introducción de la prueba por las partes, el juez junto con interpretarla, la valora. El resultado de este proceso se plasma en la dictación de la sentencia definitiva.

La apreciación de la prueba consiste en la operación intelectual mediante la cual se determina qué valor aporta el medio probatorio a la hipótesis de hecho planteada en el juicio. En otras palabras, es un juicio mediante el cual se comprueba la aceptabilidad o no de los resultados producidos por los medios de prueba.⁵⁰ Por tanto, esta valoración es aquella que lleva al juez sentenciador a adquirir la certeza de la veracidad o falsedad de los hechos sostenidos por quienes litigan en el proceso.⁵¹

En este proceso, el legislador puede determinar de forma precisa qué reglas debe utilizar el juez para dar por establecidos los enunciados de hecho del juicio, o podrá dejar entregado a él mismo que determine cuándo considerará probado tal enunciado: en el primer caso, estaremos bajo el supuesto de valoración legal de la prueba; en el segundo, valoración libre de la prueba. En este último método, es posible advertir dos variantes, la de libre convicción y la sana crítica, caracterizándose, respectivamente, por el valor que atribuye el juez a los medios de prueba rendidos en el proceso en forma arbitraria o de acuerdo con los criterios de racionalidad formal, permitiendo que se controle la decisión mediante la introducción en el fallo de parámetros objetivos, que puedan ser objeto de crítica en cuanto a su racionalidad y coherencia, apreciando y corrigiendo las decisiones sesgadas.⁵² El art. 456 del Código del Trabajo enfatiza que “(...) el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

⁴⁹ TARUFFO (2011), pp. 407 - 408.

⁵⁰ TARUFFO (2011), pp. 265-266.

⁵¹ MATORANA (2014), p. 69.

⁵² MUÑOZ (2011), p. 27.

El sistema de sana crítica puede entenderse como una técnica establecida por el legislador que dota de libertad relativa al magistrado. Este sistema supone una valoración discrecional, pero bajo el amparo y la limitación estructural de una regla objetiva base. Así el resultado probatorio se logra con la combinación de elementos objetivos del proceso y un razonamiento lógico que permite llegar a una conclusión razonada.

De este modo, se da mayor libertad al juez para valorar, pero también una mayor responsabilidad y confianza. Aunque esta libertad se otorgue, debe tenerse en cuenta que ella está guiada y limitada por criterios de racionalidad para que la decisión a la que se arribe sea objetiva y no guiada por la propia moralidad del sentenciador.

Esta libertad se otorga con el objeto de obtener la valoración verdadera, ponderando los hechos en base a la prueba rendida en el proceso, usando para su control criterios racionales.⁵³

Considerando que el proceso laboral se rige mediante el sistema de la sana crítica, es necesario elaborar un estándar sobre la cantidad suficiente de información para que se dé por acreditada la afirmación de hecho por parte del juez y que su decisión pueda ser considerada como justificada por parte de aquel.⁵⁴ Tal como se establece en sentencias relacionadas a otros asuntos relacionados con procedimientos laborales, tal cual es, el despido injustificado: “*La exigencia legal de señalar los hechos en que se funda la causal de despido invocada es de suma relevancia, atendido que de acuerdo a las reglas del onus probandi, corresponde al empleador acreditar los presupuestos fácticos constitutivos de la causal invoca, y dicha prueba sólo podrá recaer en los hechos invocados en la carta de despido*”.⁵⁵

Se pueden definir estándares de prueba como las líneas de conducta que sirven de guía para los jueces en relación con la valoración probatoria que deben realizar, permitiendo de manera racional señalar que se ha probado el hecho en cuestión, pudiendo graduarse según su probabilidad en tres tipos: baja, medio y alto o elevado.⁵⁶

Se ha planteado que, en los casos de acoso sexual laboral, sería posible el establecimiento de un estándar de prueba bajo, en atención a los intereses en juego, de modo tal que sea relativamente sencillo para el juez dar por probados los hechos alegados por el o la trabajadora acosada.⁵⁷

Sin embargo, el legislador no ha realizado cabalmente esta tarea, y son unas cuantas excepciones en donde ha creado estándares de convicción por lo que a falta de aquello es resorte de la actividad judicial, su elaboración.⁵⁸

⁵³ TARUFFO (2002), pp. 401- 402.

⁵⁴ CERDA (2018), p. 51.

⁵⁵ *Navarrete con APCO Andrés Pirazzoli y CIA LTDA* (2021).

⁵⁶ CERDA (2011), pp. 221.

⁵⁷ CERDA (2011), pp. 226-227.

⁵⁸ CERDA (2011), p. 221.

En el ámbito de los procesos por tutela laboral, el art. 492 del Código del Trabajo establece expresamente la necesidad de aportar indicios suficientes, por lo que es posible sostener que el estándar de prueba no es bajo, pero sí medio en aquellos casos en que el acoso laboral configure una infracción a un derecho fundamental. Se ha resuelto que esta circunstancia *“Que conforme al artículo 493 del Código del Trabajo, es deber de la parte denunciante aportar antecedentes de los cuales resulten indicios suficientes de que se ha producido vulneración de derechos fundamentales. Aquello, como ha señalado el Profesor José Luis Ugarte Cataldo (...) Hay una alteración del objeto de la prueba en que la víctima o denunciante no está completamente liberado de prueba, debe acreditar al menos la existencia de “indicios suficientes” de la existencia de la conducta lesiva para que se traslade al empleador -denunciado- la explicación de los fundamentos de las medidas aportadas y su proporcionalidad, lo que importa aliviar la posición del trabajador exigiéndole que acredite hechos que generen la sospecha fundada y razonable en orden a la existencia de la lesión que alega, lo que tiene su fundamento en que generalmente las conductas lesivas de derechos fundamentales suelen encubrirse con conductas aparentemente lícitas y en la dificultad del trabajador especialmente una vez terminada la relación laboral de acceder a la prueba necesaria, que generalmente se encuentra al interior de la empresa.”*⁵⁹

Por consiguiente, sostenemos que el juez al momento de elaborar los estándares de convicción de la prueba debe realizarlo en consonancia a la perspectiva de género como máxima de experiencia.

B. Reglas de valoración y máximas de la experiencia

Como señalamos precedentemente, el juez al motivar su sentencia deberá hacerse cargo de indicar las razones que se tuvieron en cuenta para dar por establecidos los hechos del juicio. Solo de esta manera adquiere sentido permitirle valorar libremente la prueba, en la medida que se le exige el uso y explicitación de criterios racionales en la decisión. Si así no lo hiciere, tal decisión se tornaría discrecional.⁶⁰

Dentro de las razones que el juez debe considerar en la forma en que argumenta, es posible encontrar enunciados que aplican en su construcción principios de la lógica,⁶¹ máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados.⁶²

Precisamente, este trabajo considera que la perspectiva de género constituye una máxima de la experiencia que el juez debe utilizar al momento de ponderar la prueba aportada al juicio.

Recuérdese que las máximas de la experiencia -además de los principios de la lógica formal y los conocimientos científicos- constituyen un límite para la valoración de la prueba y una guía a la que

⁵⁹ Rojas con Bravo (2020).

⁶⁰ GASCÓN (2004), p. 199.

⁶¹ Las reglas de la lógica son principios generales, permanentes y universales que se aplican a cualquier categoría.

⁶² Los conocimientos científicos son aquellos que se obtienen mediante un determinado método que permite llegar a establecer hipótesis comprobables.

pueden recurrir los jueces cuando busquen fuentes de racionalidad para fundar su razonamiento en torno a las pruebas.⁶³

Por consiguiente, el juez al momento de elaborar la sentencia definitiva debe expresar las razones técnicas, de experiencia, lógica o científicas para fundamentar la valoración que hizo sobre las pruebas que fueron introducidas dentro del proceso.

Así se establece en el art. 459 del Código del Trabajo, que señala: “El análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación”, debiendo incluirse tanto la justificación respecto de aquellas que fueron utilizadas para establecer los hechos, como las razones por las cuales no se utilizó otra prueba aportada interpretando armónicamente esta disposición con la prevista en el art. 456 del código laboral.⁶⁴

Por lo tanto, puede suceder que, en un caso de acoso laboral, el juez no haya acogido la demanda, y en la sentencia definitiva no haya realizado la debida fundamentación de las razones por la que desestimó ciertas pruebas o lo hizo, pero sin aplicar perspectiva de género como máxima de experiencia, por lo que causa directamente un agravio a la parte vencida al no probarse efectivamente el hecho, que sería el acoso laboral.

Sin embargo, es posible advertir del análisis de la jurisprudencia, que nuestros jueces no aplican la perspectiva de género como un instrumento de corrección en la estimación de los hechos probados.⁶⁵ Por ejemplo, el Juzgado de Letras de Trabajo de Valparaíso conociendo de una por vulneración de derechos resolvió: “La denunciada, por otro lado, ha demostrado que el trato y bromas soeces entre compañeros fue bien tolerado por la actora al menos durante un año, ya que participaba activamente tanto en las conversaciones de WhatsApp, conversaciones por Skype que mantuvo con Cristian Solís en el año 2013, como consta de correo electrónico remitido por don Cristian Solís a Iris Gajardo y María Emilia Núñez y pantallazos del WhatsApp grupal que mantenía el grupo del área comercial de la empresa. Asimismo, presentó la denunciada un pendrive que contiene video en el que la actora participa en un baile Koala con un compañero de trabajo”.⁶⁶

Como se advierte del considerando transcrito, el tribunal desestimó la demanda por considerar que la actora fomentó las conductas constitutivas de acoso por parte de sus compañeros y participó en conversaciones de WhatsApp con su superior, sin comprender que, en la posición subordinada de la trabajadora, ésta actuó de esta forma por temor a perder su empleo.

En otro caso conocido por el mismo tribunal, la actora denuncia a su superior por vulneración de derechos fundamentales quien, tras la información de encontrarse embarazada, éste empezó con malos

⁶³ ASCENCIO (2004), p. 24. En contra MATURANA (2014) p. 133, quien sostiene que son criterios orientadores de la labor judicial, pero no límites.

⁶⁴ MATURANA (2014) p. 134.

⁶⁵ INIGUEZ (2003), p. 549.

⁶⁶ Villegas con Zeal Sociedad Concesionaria (2016).

tratos, disminuyendo su remuneración bajo el pretexto que, por su condición, no era tan eficiente como sus compañeros.

A pesar de haber acreditado mediante prueba testimonial en donde se mostraban explícitamente estas conductas por parte del empleador, el juez desestimó la denuncia, por estimar que no existía relación contractual alguna que permitiera a la actora denunciar por acoso laboral de acuerdo, a lo que señalaban que no tenía que tener la relación laboral, ni siquiera valorando la prueba rendida, por tanto no se podría estimar esta conducta de acoso, porque según ellos faltaban pruebas de la situación de la denunciante en la empresa: señalando: “Que, de acuerdo al mérito de las probanzas incorporadas por la denunciante, a saber, documental, declaración de un testigo, y exhibición de documentos, estos no permiten concluir la existencia de los hechos expuesto en el considerando anterior, ya que la documental, especialmente el correo electrónico de 23 de mayo del año 2016, como las copias de correos electrónicos entre las partes, no reflejan la existencia de las referidas vulneraciones de forma inequívoca y concretamente”.⁶⁷

El último caso que ejemplifica esto, tiene que ver con una trabajadora, que acredita los hechos de existir una relación laboral, y las conductas “Finalmente, sobre la exposición a comentarios sobre su condición sexual, sólo se hizo referencia en la demanda al hecho que en mayo de 2016 Y.R. habría referido públicamente “que a los homosexuales hay que matarlos”, ocasión en que la actora se vio compelida a develar ante sus compañeros de trabajo su opción sexual, al pedirle a aquel que dejara de emitir ese tipo de juicios porque la denigraba. Sobre el punto, la única evidencia presentada en el juicio es la declaración del testigo A., a la que no es posible darle crédito, atendido que carece de la imparcialidad suficiente por mantener juicio pendiente contra la denunciada”.⁶⁸

El sistema de la sana crítica cuyo límite son las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, es una forma compleja de valorar la prueba, que requiere de un amplio grado de especialización para dictar resoluciones. Si no se cuenta con tales conocimientos especiales, las sentencias judiciales se transforman en juicios de moralidad o manifiestos de los intereses personales de los jueces, que pueden utilizarse de forma subrepticia, como máximas de experiencia.⁶⁹

El juez debe justificar su decisión no solo para adecuarse a lo que la Constitución y la ley le exigen, sino también para justificarse frente a la opinión pública aumentando así la legitimidad de su decisión. Estas consideraciones, obligan al juez a salir de las fronteras del ordenamiento jurídico propiamente tal, permitiendo la construcción de discursos fácticos que favorecen y toman en consideración los avances no solo de la ciencia, sino que del sentido común para contar con un mayor aproximamiento a la realidad.⁷⁰

⁶⁷ Marengo con Sociedad Eneset Ltda. (2018).

⁶⁸ Quinteros con Subsecretaría de Evaluación Social y Fisco de Chile (2019).

⁶⁹ Maturana (2014), p. 198.

⁷⁰ Coloma (2010), p. 941.

De esta forma, el contexto cultural del juez también supone uno de los parámetros que éste debe considerar al momento de dictar sentencia. Este contexto se expresa por la aplicación de las máximas de la experiencia.

Máxima de la experiencia debe entenderse como un tipo de inferencia probatoria basada en la inducción; es decir, existiendo cierto grado de probabilidad que, de acuerdo con el estándar de prueba, debe ser apreciado en pos de una valoración adecuada para el caso.⁷¹

Por su parte, Stein explica que son “(...) *definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de estos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*”.⁷²

Como se advierte, mediante la posibilidad de aplicar máximas de la experiencia en el juicio, se otorga al juez una actuación protagónica, entregando una mayor libertad en materia probatoria para poder resolver.

Las máximas de la experiencia tienen tres características. En primer lugar, no son hechos individuales ni juicios plurales; en segundo lugar, llevan solo a conocimientos probables; y por última, su notoriedad y la irrelevancia del medio a través de la que se introducen al proceso.⁷³

A pesar de encontrarse asentadas dentro de las herramientas que puede recoger el juez para fundamentar su fallo, éstas pueden basarse en una supuesta vivencia o saber popular que esconde algún prejuicio del juzgador, por lo que la experiencia depende mucho del contexto del juez, y evoca una mayor responsabilidad en él para tomar decisiones. Es así como cada cultura se constituye por prejuicios consolidados en un contexto social e histórico específico, los que al formularse como una regla general se convierten en criterios de valoración y premisas para la formulación de inferencias relativas a casos particulares.⁷⁴

De esta manera, las máximas de experiencia pasarían a ser nociones de sentido común en situaciones generales que derivan de la experiencia de los sujetos y forman parte de la cultura de las personas en un lugar y tiempo determinado.

En Chile se da una valoración desigual en el en los procedimientos de acoso, en que los jueces aplican sus sesgos y estereotipos respecto a la mujer cuando valoran el proceso. Históricamente se ha dado así, por una visión patriarcal que se ha dado por parte de la justicia, en que hay mayoría de hombres desde su origen, lo que ha permeado en la valoración desde el punto de vista masculino de las cosas.

⁷¹ MATURANA (2014), pp. 187 - 188.

⁷² STEIN (1973), p. 26.

⁷³ MATURANA (2014), pp. 191-192.

⁷⁴ TARUFFO (2009), p. 445.

La conducta de acoso se ve determinada por el ejercicio de violencia del tipo físico y psicológico. A nivel normativo, sirven como marco respecto a estas formas de violencia en general, la Convención *Belem do Pará*, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Ambos tratados se encuentran suscritos con Chile.⁷⁵

A nivel judicial, las normas de las cuales el juez toma parte a la hora de decidir un caso de acoso son las leyes específicas (leyes nacionales y tratados), que se interpretan de una manera determinada a la luz de los hechos concretos. El hecho es especialmente importante en los procedimientos de acoso, pues a partir de ahí se constituyen los elementos constitutivos de la conducta imputada, los cuales se observan bajo un sistema de sana crítica.

En el acoso, las máximas que se presentan responden a una forma determinada limitada al punto de vista patriarcal y sesgado, lo que incide en la valoración especial. Esto responde a una forma de conductismo judicial que se presenta en los jueces,⁷⁶ en el cual se comportan de cierta forma específica aplicando juicios de valor al no estar en el lugar de una mujer vulnerada por situaciones de acoso. Se da un contexto actitudinal que incide en la forma en cómo se falla específicamente, que se puede asociar también al género mayoritario en los tribunales en los que se desenvuelven, donde hay sólo hombres, por lo cual se comportan de una manera específica sesgada y marcada por una forma de ver los casos desde una óptica de igualdad formal. Hacen esto en el contexto actual en el cual que ambos géneros presentan asimetrías de poder que da lugar a que no pueda tener las mismas condiciones estructurales desde las que se permita juzgar.

Con base a que las máximas son variables, nos planteamos acerca de ¿cómo consideramos válidos los enunciados de hecho que fundan las máximas de la experiencia? Como las máximas de experiencia varían, se hace sumamente difícil poder establecer un límite para valorar las pruebas reunidas considerando una u otra máxima, y se parte de la premisa que es el juez el que debe determinar cuál aplicar. Por ello, resulta necesario definir una cierta forma de comprensión común de la realidad, la cual esté lejos de los estereotipos y prejuicios que nos ha entregado la sociedad de forma sistemática y que se encuentran recogidos incluso en nuestras normas jurídicas.

La labor de jurisprudencia y de la doctrina puede ser útil para establecer mayor certeza de parámetros de control, determinando criterios mediante la aplicación sistemática de las máximas. Un ejemplo de ello está dado en la jurisprudencia norteamericana, en donde se concibió el criterio de la mujer razonable,⁷⁷ el cual supone la evaluación de la severidad del acoso desde la perspectiva de la mujer, y no bajo la experiencia de un hombre, sin obviar las consideraciones y experiencias propias de las mujeres bajo el contexto cultural. En Chile, carecemos de figuras de esta naturaleza, lo que permitiría establecer criterios que permitan enfrentar, tanto para jueces como para justiciables, estas cuestiones con mayores porcentajes de certidumbre.

⁷⁵ UGARTE (2020), p. 5.

⁷⁶ CARBONELL (2021), p. 133.

⁷⁷ GAMONAL y GUIDI (2015), pp. 319-320.

Así, la perspectiva de género podría configurarse como uno de estos criterios en la dictación de las sentencias judiciales, como parámetro racional que el juez debe aplicar para fallar al determinar los hechos del juicio mediante la prueba aportada.

Así, la introducción de tal perspectiva como máxima, permite el reconocimiento del derecho como más justo y equitativo, que tenga en cuenta una cierta forma de comprensión de la realidad y que sea común entre quienes deben tomar decisiones y dictar resoluciones. Ello porque, aceptando una mayor cantidad de pruebas admisibles, estamos dando lugar a apreciaciones de prueba más razonables.

C. Razones para considerar la perspectiva de género como máxima de la experiencia

1. Antecedentes histórico-jurídicos

Se considera necesaria la inclusión de la perspectiva de género como máxima de la experiencia del juicio, como un mecanismo paliativo a la configuración masculina del Derecho, en tanto sistema de reglas.⁷⁸

Un ejemplo claro de esto es el hecho de que en toda la historia presidencial chilena ha existido una única presidenta mujer; mientras que, por su parte, el año 2017 fueron electas 6 mujeres para el Senado, lo que corresponde a un 23% del total de senadores; mientras en la Cámara baja fueron electas 36 mujeres lo que corresponde a un 22,5% del total de diputados electos ese año, y en lo tocante a la Excelentísima Corte Suprema actualmente hay un total de seis ministras, lo que corresponde a un 33,3%, considerando que a la fecha existen dos puestos vacantes, es decir, las mujeres aún se establecen como minorías en estos espacios del derecho que han sido frecuentemente y de forma histórica dominados por hombres, a pesar de contar con las mismas habilidades y experiencias laborales similares.⁷⁹

En los datos anteriores se refleja la segregación vertical que está presente como problemática laboral, en la cual se asume que los hombres se encuentran mejor preparados para los puestos de decisión y de control, por lo que se hace difícil que las mujeres puedan acceder a estos puestos de manera equitativa ya que se configura el poder en base a criterios de sexo. Actualmente aquella segregación vertical se trata de frenar mediante los conocidos sistemas de cupos, lo cual ha aumentado la presencia femenina en trabajos de alto nivel directivo. Sin embargo, *“la OIT estima que todavía su presencia es muy baja y representa en torno al veintiocho por ciento en términos comparativos a la presencia masculina en dichos puestos de responsabilidad”*.⁸⁰

2. Como instrumento de igualdad en el ejercicio de los derechos

Cuando se plantea la idea de aplicar perspectiva de género al momento de interpretar las normas, una pregunta recurrente, es si acaso este hecho implicaría una contravención al principio general

⁷⁸ CARBONELL (2021), p. 169.

⁷⁹ LÓPEZ (2017), p. 244.

de igualdad, debido a que se estaría haciendo una diferenciación bajo la premisa de que el género merece un reconocimiento en todo el quehacer judicial. Como lo hemos señalado con anterioridad, sostenemos que dicho reconocimiento se hace necesario para otorgar una igualdad real. Si tomamos en cuenta la masculinización de nuestro sistema jurídico tradicional, el derecho ha sido construido en base a normas masculinas, las cuales han permitido perpetuar los ejes de dominación de una sociedad fuertemente patriarcal, por lo que la aplicación de la norma sin dicha perspectiva aparejaría una resolución injusta y desigual.

Sin embargo, ¿se respeta el principio de igualdad si le damos un valor jurídico a las diferencias? En definitiva, nos preguntamos si el principio de igualdad y la diferencia son conceptos que se contraponen o, por el contrario, el reconocimiento de las diferencias se hace necesario para asegurar efectivamente la igualdad de los individuos, convirtiendo a la igualdad y la diferencia en conceptos complementarios.

Pues bien, sobre este punto, no hay un consenso total. Mientras que algunos autores sostienen que hacer una diferenciación por género, implicaría contravenir el principio de igualdad, otros autores señalan que es precisamente el reconocimiento de las diferencias lo que permite asegurar en el plano social una igualdad material para todos y todas.

Autores como Ferrajoli apoyan este último punto, pues él le da un significado distinto al concepto de “igualdad”. Parte de la base de que existen “diferencias” y “desigualdades”. Las primeras, subyacen bajo la diversidad de identidades personales que hacen a los individuos diferentes del otro, mientras que las desigualdades se refieren a las distintas condiciones económicas y materiales. En base a ello, el autor señala que ambos conceptos se refieren a circunstancias fácticas, mientras que el principio de igualdad es normativo, por una parte, contiene una protección a las diferencias y por otra una reducción o eliminación de las desigualdades.⁸⁰

Respecto a las diferencias, Ferrajoli señalaba cuatro modelos de configuración jurídica para las diferencias; (i) *indiferencia jurídica de las diferencias*; en este modelo, las diferencias simplemente son ignoradas y son confiadas a relaciones de fuerza; (ii) *Diferenciación jurídica de las diferencias*; aquí existiría una jerarquización de las identidades, algunas son valoradas, asumidas como privilegios, fuentes de derechos y poderes, mientras que otras son desvalorizadas y tienen un estatus de discriminación; (iii) *Homologación jurídica de las diferencias*; en este modelo las diferencias son valoradas y negadas, pues todas son ignoradas bajo una abstracta afirmación de igualdad; (iv) *Valoración jurídica de las diferencias*; este último modelo resulta de nuestro interés, pues se basa en el principio normativo de igualdad y a la vez en un sistema de garantías que sea capaz de asegurar su efectividad. Este modelo garantiza la afirmación y desarrollo de las diferencias, haciéndolas objeto de los derechos fundamentales. Por otra parte, no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, todas poseen igual valor, reconociendo y valorizándolas como un rasgo de identidad de la persona.⁸¹

⁸⁰ FERRAJOLI (2015), p. 1.

⁸¹ FERRAJOLI (2005), p. 10.

Bajo la concepción del principio de igualdad, igualdad y la diferencia no son conceptos contrarios, sino complementarios, puesto que dentro del principio podemos ver una protección a las diferencias, y un interés en derribar las desigualdades materiales de los individuos. Para nuestro autor, “*la igualdad en este primer sentido es el valor igual asociado a todas las diferencias de identidad que hacen de cada persona un individuo diferente de todos los demás y de cada individuo una persona como todos los demás*”.⁸²

Como hemos señalado, nuestro sistema judicial es construido en base a cánones masculinos, que luego son disfrazados bajo el paradigma de que poseemos un Derecho “neutral”. Ante ello, nuestras normas perpetúan un sistema patriarcal que da paso a que se niegue que el género tiene una repercusión en nuestro esquema social, cultural, y judicial. Este sistema tradicional reprime las diferencias de género y tal como señala Ferrajoli, “... *el principio de igualdad se resuelve así en una ficción de igualdad que, ignorando las diferencias y su relevancia concreta en las relaciones sociales, está destinada a quedar en gran medida ineficaz*”.⁸³

Es por ello, que en esta investigación sostenemos la posición de que llevar la perspectiva de género en la interpretación de las normas no contraviene el principio de igualdad, sino que lo asegura materialmente. En nuestra realidad social y cultural, día a día vemos cómo los estereotipos de género, el patriarcado, y la masculinización de las normas puede conllevar a tratos injustos dentro del Poder Judicial, y cómo la presunta homogenización de la ciudadanía da paso a que se produzcan precisamente situaciones de desigualdad, lo que podemos apreciar en el trato diferenciado injusto que se le da a todo aquello que escape de la norma cultural dominante.

Tal como señala Ferrajoli, el problema radica en la interpretación que históricamente le hemos dado al principio de igualdad, y eso ha conllevado a que teorías feministas impugnen dicho principio, pues se concibe a la igualdad como un hecho, lo que se contradice con que las personas sean diferentes. El autor señala que la igualdad no es un hecho, sino un valor que se establece normativamente porque reconoce que, de hecho, todos somos diferentes y lo que realmente se desea, es evitar factores de desigualdad.⁸⁴

Bajo esta premisa, reconociendo las diferencias por género que se producen en nuestro día a día debido a los estereotipos que como sociedad hemos creado, y llevando dicha perspectiva a nuestro plano judicial, estaríamos evitando que se viole el principio de igualdad en las resoluciones judiciales. Partiendo de las definiciones dadas en el apartado II, letra B, en el ámbito de la aplicación de las normas jurídicas, hay que considerar que hombres y mujeres, en razón de su sexo, deben o no deben actuar de determinada manera, constituye un sesgo de género que puede formar parte de los prejuicios culturales de un juez al decidir. Al ser los roles de género modificables según el contexto histórico y cultural en el que se desarrolla, los sentenciadores tienen el poder de transformar medi-

⁸² FERRAJOLI (2015), p.2

⁸³ FERRAJOLI (2015), p. 5.

⁸⁴ FERRAJOLI (2015), p, 5.

ante sus fallos, eliminando de sus argumentos decisivos todo aquel estereotipo o prejuicio, envolviendo las experiencias de hombres y mujeres de nuestra sociedad actual y reconociendo la diversidad de condiciones que existen para poder lograr una igualdad sustancial y una sociedad con cada vez menos estereotipos de género.

La consideración de este sesgo, constituye -a su vez-, aplicación de la falacia de la íntima convicción. Se ha dicho que ello constituye una forma arbitraria de valoración de la prueba porque el juez decide qué pruebas son las más adecuadas para considerarse como válidas o probadas ante el caso, a partir de una decisión “(...) que incluye [desde] la arbitrariedad o la irracionalidad, hasta la libertad limitada a la razón”.⁸⁵

Con esto se quiere decir que, ante una serie de casos más o menos similares, un juez con un sesgo de género podría asegurar que “todas las mujeres son X”. Argumentar de esa forma altera la percepción y valoración de la prueba por la consideración del juez sobre el mundo que le rodea. Agregado a los problemas de género que se presentan en el Derecho en general, las consecuencias jurídicas negativas que pueden generarse en los procesos judiciales en los que se utiliza el sistema de sana crítica, aumentan.

Olsen ha explicado la hegemonía de lo masculino, bajo la construcción de nuestra sociedad mediante dualismos jerarquizados y sexualizados. Lo anterior, en el ámbito del derecho, ha generado que las características masculinas de racional, objetivo, abstracto y universal, sean predicadas de aquel. En cambio, los contrarios “femeninos”, irracional, pasivo, sentimental y subjetivo, no se estiman como características deseadas de lo jurídico.⁸⁶ No obstante, la misma autora sostiene que no deberían excluirse estos calificativos de ningún ámbito del derecho, ya que no invocan algo negativo, sino más bien un complemento a lo que realmente debe ser el derecho: una ciencia que incorpore ambos dualismos tomando los rasgos asociados tanto a los hombres y a las mujeres.

Sin embargo, el objetivo de tal incorporación no es permanente, sino temporal hasta que los atributos de lo femenino y lo masculino, entendidas como falsas construcciones sociales, sean eliminadas. Lo anterior permitirá la desaparición de los sesgos y estereotipos que han tenido gran poder en las fuentes de creación y aplicación de las normas jurídicas.

De esta manera, incorporando una perspectiva de género por parte de los jueces, no solamente se tomará en cuenta la posición desigual de la mujer en algunos ámbitos, sino también terminará con los estereotipos establecidos para los hombres, eliminando todos aquellos sesgos de los cuales hemos sido partícipes por crecer en una sociedad dominada por lo masculino, lo que enaltecerá el objetivo del juez de “(...) perseguir siempre averiguar la realidad”.⁸⁷

⁸⁵ GONZÁLEZ (2003), p. 39.

⁸⁶ OLSEN (2000), p.154.

⁸⁷ FERRER (2010), p.148.

El género al ser una construcción social debe ser cuestionado por los jueces, debido a que las sentencias judiciales van marcando la evolución y desarrollo de la sociedad, por lo que mientras los cambios ocurren, los sentenciadores deben tener claro su rol dentro del sistema, para modificar y reproducir estos cambios aplicándolos en sus decisiones judiciales, adecuándose así a las exigencias presentes.⁸⁸ Aplicando la perspectiva de género como una forma de valorar la prueba dentro de las máximas de experiencia en el sistema laboral, se determinará en qué casos un trato diferenciado es arbitrario o es realmente necesario debido a las circunstancias en las que se ha devuelto la sociedad, es decir, se combatirán las relaciones asimétricas de poder rompiendo con los esquemas de desigualdad en los que se desenvuelve generalmente el acoso.

Atendiendo a estos problemas específicos, autores como Zúñiga nos dicen que el tema se debe ver bajo lo que se conoce como un “techo de cristal”.⁸⁹ Esto es una especificación del enfoque de género, útil para entender las dinámicas de exclusión en contextos organizacionales variados, tal como lo que se plantea respecto a la relación que tienen las mujeres con los tribunales laborales de justicia.

Es acá donde se puede aplicar el enfoque de perspectiva de género sobre las valoraciones de las sentencias, pues a través de este enfoque se puede valorar debidamente un caso, en atención a la situación particular de las mujeres, que se encuentran en una desigualdad basal y asimétrica de poder respecto a los hombres

Esta herramienta tiene un potencial para transformar la realidad, pues excede el proceso de creación, aplicación e interpretación de las normas, replanteándose presupuestos políticos que adecuándose correctamente neutraliza los estereotipos de género.⁹⁰ Se logra a través de este neutralizar una visión patriarcal de entender los asuntos en materia judicial, aplicando una valoración específica. Esta es la valoración con perspectiva de género la cual consiste en construir relatos e inferencias probatorias que tengan en cuenta los contextos históricamente desfavorables para las mujeres, evitando el uso de estereotipos de género.

Los jueces tienen la capacidad de romper con la desigualdad formal que se genera en estos espacios que no han podido ser llenados por el derecho, a través de criterios jurisprudenciales que deben incorporar la perspectiva de género para formar una pauta para los demás tribunales, dando orientación para combatir las brechas y generando una valorización más acercada a la realidad. Tomando en cuenta aquello como una máxima de experiencia común en la sociedad, se podrá fallar entregando una real igualdad, asegurando la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, dispuesta en el art. 19, N° 3, inciso primero de la Constitución Política de la República.

Hoy en día contamos solamente con una igualdad formal, en donde se establecen leyes para sopesar y enfrentar las diferencias que se han establecido, lo cual no es suficiente. Es necesario transformar

⁸⁸ INIGUEZ (2003), p. 543.

⁸⁹ ZÚÑIGA (2020), p 11.

⁹⁰ MATORANA (2019), p. 281.

para llegar a una igualdad material en donde el derecho tome en cuenta las diferencias existentes, es decir, que establezca como cierta la posición desventajada en la que se encuentran algunos actores de la sociedad. Bajo la igualdad legal establecida en nuestro sistema, se oculta una relación social de desigualdad y dominación que determina las relaciones políticas y el contenido del ordenamiento jurídico.⁹¹ Lo anterior, se manifiesta en patrones institucionalizados que adoptan un sesgo cultural dominante, dejando en una posición desventajosa e invisibilizando a la gran diversidad que no se encuentra en tal categoría.⁹²

En Chile, respecto a esta igualdad material, se ha avanzado sobre el tema, a través de la capacitación e información presentada por organismos técnicos, especialmente desde la esfera de la Corte Suprema, que posee el órgano de Secretaría Técnica Igualdad de Género y No Discriminación. Esto es un avance desde el punto judicial, y un hito para capacitar a distintos funcionarios en este enfoque particularmente tendiente a resolver problemas de igualdad material que tienen mujeres respecto a hombres.⁹³ Sin embargo, se observa el fenómeno particular, que es muy limitado el alcance de estas instancias, pues la capacitación es sólo voluntaria y no existe mecanismo vinculante alguno que pueda dar una adecuada formación a nivel general de los jueces, por lo que en la mayoría de los casos se sigue fallando con prismas estereotipadas que no responden a una realidad basal de desigualdad en la que están las mujeres.

En este sentido, conforme al Informe Global de la Brecha de Género 2018 del Foro Económico (WEF) la brecha de género a nivel global es de tal magnitud, que para alcanzar oportunidades igualitarias para hombres y mujeres se necesitan al menos 108 años tomando en consideración los 106 países que conforman el estudio.⁹⁴ Entre este estudio, se encuentra Chile, en el puesto 54, mientras Nicaragua se posiciona como líder del ranking en América Latina ocupando la posición 5. Si bien, es alarmante la cantidad de años que se requieren para lograr una igualdad de oportunidades, es menester señalar las mejoras que se han realizado en el sistema de Nicaragua, modelo a seguir en América Latina en lo que a políticas de género respecta.

Si ahondamos en las políticas nicaragüenses nos daremos cuenta de que, en primer lugar, que el artículo 48 de la Constitución Política de la República de Nicaragua, establece una igualdad incondicional de todos los ciudadanos, estableciendo absoluta igualdad entre el hombre y la mujer, señalando además que “(...) es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país”. Por otra parte, el 14 de febrero del año 2008, se aprueba la Ley N°648 de igualdad de derechos y oportunidades, la que establece en su artículo 1 que el objetivo fundamental de la ley, consistente en promover la igualdad y equidad en el goce de derechos entre hombres y mujeres, en donde las políticas públicas deben orientarse a asegurar el ejercicio efectivo de la igualdad aplicando la norma para asegurar el

⁹¹ PEÑA (2008), p. 3.

⁹² PEÑA (2008), p. 3.

⁹³ FUENTEALBA (2020), p. 43.

⁹⁴ WORLD ECONOMIC FORUM (2018), p. 32.

pleno desarrollo de la mujer, y establecer mecanismos a través de los cuales todos los órganos administrativos estatales y poderes del estado garanticen una efectiva igualdad.

Además de otras políticas públicas del país centroamericano, es menester destacar cómo se aplica el enfoque de género en su sistema judicial. En primer lugar, el Poder Judicial de la República de Nicaragua, cuenta con una Política de Igualdad de Género (2016), la cual establece como objetivos fundamentales: a) Integrar un enfoque de género en la institución del Poder Judicial tanto en su nivel de organización interna, como las estrategias de recursos humanos; b) Los operadores de justicia deben incorporar perspectiva de género con calidad y eficiencia en los servicios que se prestan a la comunidad; y c) Facilitar el acceso a la justicia de hombres y mujeres.

Pues bien, a través de estas políticas lo que se logra es que el Poder Judicial Nicaragüense forme parte de un tema contingente como lo es la brecha de género existente, tomando un rol activo - social, haciéndose parte del cambio que se requiere y realizando las modificaciones necesarias para dar paso a una justicia en la que toda persona se encuentre en igualdad de oportunidades, evitándose arbitrariedades por cuestiones de género.

Se enfoca entonces, en nuevas perspectivas en lo tocante a la comprensión de los derechos fundamentales, basándose en la interpretación de la normativa con atención al contexto social, tomando en consideración y relacionando de forma efectiva elementos de tipo fácticos, los principios basales de la norma, aplicando a un razonamiento jurídico centrado en lo práctico y demostrativo, al momento de valorar hechos, buscando una aplicación real de la perspectiva de género y así llegar a una decisión justa.⁹⁵

Ahora bien, conforme al Informe Global de la Brecha de Género 2018 del Foro Económico (WEF) -antes señalado- la realidad nacional en cuanto a la incorporación de políticas de género no resultan igualmente equiparables a las de Nicaragua, pues Chile ocupa el lugar N° 54 dentro del Ranking, sin embargo, se han logrado mejoras dentro del sistema judicial. En la actualidad, en Chile existe una política de igualdad de género y no discriminación, cuyo objetivo es respetar la igualdad en todo lo que respecta al quehacer de nuestro sistema judicial y asegurar el efectivo acceso a la justicia.

Esta política se hizo aplicable a través de distintos ejes estratégicos: a) *No discriminación de género*: a través de este eje se busca eliminar barreras -por motivos de género, identidad de género u orientación sexual- que restrinjan el goce y ejercicio de nuestros derechos en el sistema judicial, buscando incorporar la perspectiva de género en todo ámbito de trabajo del Poder Judicial; b) *Enfoque de género en el acceso a la justicia*: este eje tiene como objetivo incorporar la perspectiva de género en el ejercicio de la labor jurisdiccional para garantizar un efectivo acceso a la justicia. Para ello, se busca incorporar esta perspectiva tanto en la atención como en la comunicación con los usuarios incorporando un lenguaje inclusivo, promoviendo protocolos de inclusión y promoviendo en sí la completa incorporación de la perspectiva de género en la administración de la justicia; c) *No violencia de gé-*

⁹⁵ PÉREZ (2018), p.11.

nero: este eje busca eliminar del poder judicial toda conducta o acción basada en género que cause un menoscabo a los usuarios. para ello, se implementan protocolos que erradiquen la violencia de género en el ámbito laboral; d) *Capacitación*: es un eje transversal, toda vez que pretende contribuir a la difusión, y comprensión de temáticas relacionadas a la igualdad, no discriminación e inclusión de la perspectiva de género en el sistema judicial.⁹⁶

A través de estos cuatro puntos centrales se logra incorporar una política que busca evitar que nuestro sistema judicial perpetúe desigualdades existentes en nuestra sociedad, buscando paulatinamente un cambio cultural a nivel institucional. Al incorporar una política de igualdad de género y no discriminación, se vela por la dignidad de toda persona al entregarle una igualdad real y un respeto a sus derechos fundamentales.

V. CONCLUSIONES

A partir de este trabajo investigativo, hemos logrado concluir que, en nuestro sistema procesal, donde se aplica el sistema de valoración de la sana crítica es relevante para dicha valoración, lo que se denominan “*máximas de experiencia*”. En este sentido, las máximas que son aplicables actualmente en un proceso judicial laboral varían dependiendo de cada juzgador, lo que es problemático, puesto que no existe una unificación en cuanto a qué máximas son aplicables para valorar la prueba.

En torno a ello, en los procesos laborales que aluden problemáticas de acoso laboral, se han aplicado máximas que no toman en consideración el contexto social actual, y dejan de lado aspectos relativos a la perspectiva de género que son necesarias para obtener un adecuado acceso a la justicia, lo que influye en la objetividad de la situación y perpetúa estereotipos de género existentes, afectando la igualdad formal que nuestros derechos fundamentales buscan otorgar.

Sin embargo, este panorama ha ido variando, puesto que la perspectiva de género ha comenzado a incorporarse paulatinamente tanto en nuestro sistema judicial en general a través de la política de igualdad de género y no discriminación que busca que en el quehacer del sistema judicial se incorporen perspectivas de género y no discriminación para así otorgar un acceso a la justicia igualitario para todos. Particularmente, en los procedimientos laborales relativos a situaciones de acoso, se ha incorporado también esta perspectiva para valorar la prueba por parte del órgano juzgador.

En el ámbito procesal, podemos identificar una evolución y un proceso de adaptación, pasando de estándares conservadores y en la gran parte de los casos machistas, a una visión influida por el respeto e igualdad entre hombres y mujeres, pero por sobre todo la aplicación de la ley y la justicia, cuando corresponda, entregando mayores facilidades en cuanto a la prueba de situaciones de acoso al actor, que en la gran parte de los casos, entre ellos la jurisprudencia expuesta, se constituye como la parte débil dentro del proceso. Sin embargo, cabe recalcar que este proceso ha sido bastante lento y aun

⁹⁶ PODER JUDICIAL DE CHILE (2018), p.52.

con los esfuerzos del Poder Judicial, aún ha de faltar un largo camino en la evolución del sistema y proceso, en la esfera nacional, para que aplique a cabalidad la perspectiva de género y en consecuencia una visión con estándares igualitarios.

Cabe mencionar en el marco de la actualización de este trabajo investigativo, que luego de realizar un análisis de la jurisprudencia aportada por tres bases de datos, en fallos de primera instancia tocantes a acoso sexual o laboral (entiéndase también *mobbing*), dentro del periodo comprendido entre el primero de enero de dos mil diecinueve y el primero de junio de dos mil veintiuno hemos identificado un escaso avance en lo referido a aplicación de perspectiva de género.

De hecho, de un total de dos mil setecientos treinta y tres fallos ligados al tópico “acoso” y en específico seiscientos setenta y siete sentencias vinculadas al acoso sexual laboral, hemos podido identificar tan solo nueve fallos donde se aplica la perspectiva de género y/o criterio de la mujer razonable, de los cuales solo seis hacen alusión directa a la CEDAW (Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, ratificada por Chile en el año 1989).

Estos antecedentes nos permiten señalar que aun cuando Chile avanza en la aplicación de la perspectiva de género dentro del Poder Judicial, en específicos en los Juzgados de Letras del Trabajo, el camino aun es largo y es poco lo que se ha avanzado en términos concretos, puesto que se puede identificar una aplicación mínima de tópicos tan importantes en materia de igualdad, como lo es la perspectiva de género en el tratamiento de casos de acoso sexual y/o laboral.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ALISTE SANTOS, Tomás-Javier (2011): *La motivación de las resoluciones judiciales* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2007): *La Prueba Judicial* (Rosario, Editorial Juris).
- ASCENCIO LÓPEZ, Félix (2004): *Revisión de los hechos y recurso de nulidad. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales* (Santiago, Repositorio Académico Universidad de Chile).
- ASOCIACIÓN DE MAGISTRADAS CHILENAS Y COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y GÉNERO DE LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE MAGISTRADOS (2015): *Recomendaciones para el abordaje de una política de género en el Poder Judicial Chileno* (Santiago, MACHI).
- BUTLER, Judith (1999): *El género en disputa* (México D.F, Paidós Studio).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2011): “La noción de acoso moral laboral o ‘mobbing’ y su reconocimiento por la jurisprudencia en Chile”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 37 núm. 2).
- CARBONELL BELLOLIO, Flavia (2021): “Teoría y método para el estudio del razonamiento y comportamiento judicial con perspectiva de género”, en: *Revista Justicia con Perspectiva de Género* (vol. 1).
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2011): *Elementos fundamentales de la actividad probatoria* (Santiago, Editorial Librotecnia).

- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo (2018): “Formalización de los parámetros de racionalidad en la valoración probatoria conforme a la sana Crítica”, en: Benfeld Escobar, Johann y Larroucau Torres, Jorge (editores) *La sana crítica bajo sospecha* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- CERVERA SÁNCHEZ, Ana María; ROJO ARNAU, José Vicente (2005): *El Mobbing o Acoso Laboral* (Madrid, Editorial Tebar).
- CHIOVENDA, Giuseppe (1977): *Principios de Derecho procesal civil*, 3ra. Edición (Traducc. de José Casais, Madrid, Editorial REUS), t. I.
- COLOMA CORREA, Rodrigo (2010): “¿A quiénes deben hablar los jueces cuando en sus sentencias dan por probados los hechos controversiales?”, en: Tavolari Oliveros, Raúl (coordinador), *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (Santiago, Editorial PuntoLex, Thompson Reuters, La Ley) t. II.
- COLOMA CORREA, Rodrigo (2012): “¿Realmente importa la sana crítica?”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 39 núm. 3).
- DE BEAUVOIR, Simone (2013): *El segundo sexo* (México D.F., Grupo Editorial Penguin Random House).
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2010): *La valoración de la prueba* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- FERRAJOLI, Luigi (2005): “Igualdad y diferencia”, en: Cosme Valadez, Arturo (editor), *Igualdad y diferencia de género* (México D.F., Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación).
- FERRAJOLI, Luigi. (2015): “Il principio di uguaglianza e la differenza di genere”, en: *Revista Giudicedonna* (núm. 3).
- FUENTEALBA CARRASCO, Pablo (2020): “Algunas variables que influyen en las representaciones de género en el Poder Judicial de Chile”, en: *Revista CES Derecho* (vol. 11 núm. 1).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2013): *El ABC del Contrato de Trabajo* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio; GUIDI MOGGIA, Caterina (2015): *Manual del Contrato de Trabajo*, 4ª edición (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2004): *Los hechos en el Derecho: Bases argumentales de la prueba*, 2ª edición (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2003): “Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)”, en: *Jueces para la Democracia*, (núm. 47).
- ÍÑIGUEZ DE SALINAS, Elizabeth (2003): “Las juezas en los tribunales, cortes y salas constitucionales”, en: *Estudios Constitucionales* (vol. 1 núm. 1).
- LITARDO, Emiliano (2018): “La identidad de género en América: aproximaciones para una teoría democrática del género”, en: *Sistemas Judiciales: una perspectiva integral sobre la administración de justicia* (año 18 núm. 22).
- LUNA LOZANO, Manuel. (2003): *Acoso psicológico en el trabajo (mobbing)* (Madrid, Secretaría de Salud Laboral).
- LÓPEZ AHUMADA, José Eduardo (2017): “La transversalidad de la igualdad de género y la promoción de condiciones justas en el trabajo: revisión de instrumentos y políticas promovidas por la OIT”, en: *Revista Temas Socio Jurídicos* (vol. 36 núm. 72).
- MATURANA BAEZA, Javier (2014): *Sana Crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba* (Santiago, Editorial Legal Publishing Chile).
- MATURANA CABEZAS, Pilar (2019): *Juzgar con perspectiva de género: fundamentos y análisis de sentencias* (Santiago, Anuario de Derechos Humanos).

- MARINONI, Luiz; ARENHART, Sergio (2015): *La prueba* (Traducc. de René Núñez, Santiago, Editorial Legal Publishing Chile).
- MENESES PACHECO, Claudio (2008): “Fuentes de Prueba y Medios de Prueba en el Proceso Civil”, en: *Revista Ius et Praxis* (vol. 14 núm. 2).
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo (2011): “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”, en: *Revista para el análisis del Derecho* (vol. 2).
- OLSEN, Frances (2000): “El sexo del derecho”, en: Ruiz, Alicia (compiladora) *Identidad femenina y discurso jurídico*, 3ª edición (Buenos Aires, Editorial Biblos).
- PALAVECINO CÁCERES, Claudio (2006): “El nuevo ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo chileno”, en: *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* (vol. 19 núm. 1).
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2012): “Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: observaciones críticas y apelación al equilibrio”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (Año 19 núm. 2).
- PEÑA ECHEVERRÍA, Francisco Javier (2008): “Pluralidad, apertura y calidad de la ciudadanía”, en: *Revista de la Asociación de Inspectores de Educación de España* (núm. 9).
- Pérez López, Ileana del Rosario (2018): “Litigación oral con perspectiva de género. La experiencia de Nicaragua en materia procesal civil”, en: *Sistemas Judiciales* (vol. 17 núm. 21).
- PODER JUDICIAL DE CHILE (2018): *Política de igualdad de género y no discriminación* (Santiago, Secretaría de Género).
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2018): *Representación política de mujeres en el poder legislativo* (PNUD).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014): *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición (Madrid, Editorial Espasa Libros).
- SECRETARÍA DE COMUNICACIONES (SECOM); SERVICIO NACIONAL DE LA MUJER (SERNAM) (2016): *Guía ilustrada para una comunicación sin estereotipos de género* (Santiago, Gobierno de Chile).
- SENTÍS MELENDO, Santiago (1979): *La prueba: Los grandes temas del derecho probatorio* (Buenos Aires, Editorial E.J.E.A).
- STEIN, Friederich (1973): *El conocimiento privado del juez*. (Traducc. de Andrés de la Oliva, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra).
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (2000): *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. (Madrid, Editorial La Ley).
- TARUFFO, Michele (2002): *La prueba de los hechos*. (Traducc. de Jordi Ferrer, Madrid: Editorial Trotta).
- TARUFFO, Michele (2009): *Páginas sobre Justicia Civil* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- TARUFFO, Michele (2011): *La motivación de la sentencia judicial* (Traducc. de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Editorial Trotta).
- UGARTE CATALDO, José Luis (2012): “El acoso laboral: entre el Derecho y la Psicología”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 39, segundo semestre).
- UGARTE CATALDO, José Luis (2020): *Informe en Derecho Acoso Sexual y Sexista en el Trabajo: Revisión desde la doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Poder Judicial de Chile).
- VILLALÓN ESQUIVEL, Jorge (2013): “¿Es el procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales una adecuada herramienta de control y sanción del acoso laboral?”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (Año 20 núm. 1).

WORLD ECONOMIC FORUM (2018): *The Global Gender Gap Report* (WEF).

ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira (2020): *Informe en Derecho: El principio de paridad y el poder judicial* (MACHI).

Normativa citada

Constitución Política de la República de Nicaragua, Asamblea Nacional Constituyente, 9 de enero de 1987.

Constitución Política de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005.

Ley N° 1.552, aprueba Código de Procedimiento Civil, 28 de agosto de 1902.

Ley N° 648 (Nicaragua), de igualdad de derechos y oportunidades, 14 de febrero del año 2008.

Ley N° 20.607, incorpora definición de acoso laboral en el artículo 2 del Código del Trabajo, 08 de agosto de 2012.

Decreto con Fuerza de Ley núm. 1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, 16 de mayo de 2000.

Decreto con Fuerza de Ley núm. 1, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo, 31 de julio de 2002.

Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 18 de diciembre de 1979, ratificada por Chile el 17 de octubre de 1989.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención *Belem do Pará*, 9 de junio de 1994, ratificada por Chile el 15 de noviembre de 1996.

Jurisprudencia citada

Elena Vilches Valenzuela con Fisco de Chile (2020): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 13 de junio de 2020, rol N° T-917-2019.

Lorena Nehue Cárdenas con Junta Nacional de Jardines Infantiles (2021): Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique, de 02 de febrero de 2021, rol N° T-17-2020.

Luis Garzón Gómez con Inversiones COLCHILE LTDA (2019): Juzgado de Letras del Trabajo de Osorno, de 26 de abril de 2019, rol N° T-2-2019.

Sebastián Salazar Sánchez con Comercial e Industrial DELVA S.A. (2020): Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, de 20 de abril de 2020, rol N° O-567-2019.

Mario Barrera Andrade con BC Consultoría E Inversiones SpA (2021): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 27 de febrero de 2021, rol N° T-1244-2019.

German Novoa Núñez con CODELCO Chile División Chuquicamata (2020): Juzgado de Letras del Trabajo de Calama, de 10 de febrero de 2020, rol N° O-20-2019.

Leslie Labarca Avendaño con Servicio de Salud Aysén (2021): Juzgado de Letras del Trabajo de Coyhaique, de 15 de marzo de 2021, rol N° T-19-2020.

Juan Navarrete Moncada con APCO Andrés Pirazzoli y CIA LTDA (2021): Juzgado de Letras y Garantía de Laja, de 06 de marzo de 2021, rol N° T-4-2020.

Oswaldo Rojas Leon con Héctor Bravo Rivas (2020): Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, de 11 de septiembre de 2020, rol N° T-29-2020.

Silvana Villegas con Zeal Sociedad Concesionaria (2016): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, de 19 de febrero de 2016, rol N° T-132-2015.

Valeska Marengo con Sociedad Eneset Ltda. (2018): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, de 19 de marzo de 2018, rol N° T-531-2017.

Carla Quinteros Sainz con Subsecretaria de Evaluación Social y Fisco de Chile (2019): Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 29 de abril de 2019, rol N° T-1704-2018.

Arturo Alessandri Rodríguez y el nacimiento de la doctrina científica en Chile^{*}

Arturo Alessandri Rodriguez and the birth of scientific doctrine in Chile

Jaime Alcalde Silva

Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.

Correo electrónico: jcalcald@uc.cl. <https://orcid.org/0000-0003-4732-5585>.

Recibido el 10/06/2022

Aceptado el 22/06/2022

Publicado el 30/06/2022

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n40-06>

RESUMEN: El presente trabajo expone la vida de Arturo Alessandri Rodríguez mirado como un jurista. Comienza con un esbozo biográfico que permite situar el tiempo durante el cual vivió y los principales hitos de su historia personal. Después se explica la contribución que supuso el trabajo académico de Alessandri en la configuración de una nueva etapa en el desarrollo dogmático del derecho civil, separando sus publicaciones y gestión universitaria. Sin embargo, su quehacer se extendió también al ámbito forense como parte de un despacho que existe hasta hoy, de manera que corresponde referir también algunos aspectos de su ejercicio profesional y el interés gremial que demostró durante sus más de 50 años como abogado.

PALABRAS CLAVE: Juristas chilenos, civilistas chilenos, derecho civil chileno.

ABSTRACT: *This paper describes the life of Arturo Alessandri Rodríguez as a jurist. It begins with a biographical sketch that allows us to situate the time during which he lived and the main milestones of his personal history. It then explains the contribution of Alessandri's academic work in the configuration of a new stage in the doctrinal development of civil law, separating his publishings and university management. However, his work also extended to the forensic field as part of a law firm that exists to this day, so it is also appropriate to refer to some aspects of his professional practice and the professional interest he showed during his more than 50 years as a lawyer.*

KEY WORDS: *Chilean jurists, chilean civil lawyers, chilean civil law.*

* Este trabajo corresponde a una versión ampliada de la exposición presentada el 24 de agosto de 2021 en el XXIII Encuentro del Ciclo Permanente de Juristas, organizado por la Cátedra de Teoría del Derecho del Prof. Alejandro Vergara Blanco y el Programa de Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile. El texto de esa presentación se publicará en las actas de dicho ciclo de encuentros.

I. ESBOZO BIOGRÁFICO

A la hora de hacer un recuento sobre los civilistas chilenos más importantes del siglo XX parece existir coincidencia en que los nombres son dos: Luis Claro Solar (1857-1945) y Arturo Alessandri Rodríguez (1895-1970). La trayectoria de cada uno de ellos es diversa, puesto que el primero es autor de un libro que pretendía explicar sistemáticamente el Derecho civil chileno,¹ mientras que el segundo tuvo una producción fragmentaria, aunque no cabe duda de que la obra de ambos ha marcado el desarrollo posterior de la disciplina y ha influido en la jurisprudencia, como se evidencia del hecho de que todavía sus libros sigan siendo reeditados y sean citados por autores y jueces. Por eso, llevaba razón Henri Capitant (1865-1937) al decir que Alessandri era el primero y más destacado jurista hispanoamericano de esa época, ya que su influencia no quedó circunscrita a las fronteras del país y se proyectó incluso más allá del continente.² Aunque las comparaciones siempre sean odiosas, en eso aventajó a Claro Solar, quien sirvió distintos cargos públicos durante su vida y dejó para la vejez la redacción de la obra por la que es recordado, al punto de que lo sorprendió la muerte a los 88 años dejándola inconclusa.³ Asimismo, uno y otro ayudaron a dar fama a sus respectivos despachos de abogados, que perduran hasta hoy.⁴

Arturo Alessandri Rodríguez pertenece a una larga estirpe de juristas. Entre otros, cuenta entre sus antepasados a su bisabuelo Antonio Rodríguez de Aldea (1779-1841), ministro de O'Higgins y un destacado jurisconsulto de Hispanoamérica,⁵ y a su abuelo materno, José Gabriel Palma Villanueva (1791-1869), quien participó en las comisiones redactoras de las Constituciones de 1822 y 1833, se desempeñó como ministro de la Corte Suprema (1860-1869) y fue profesor de la Facultad de Leyes de la Universidad de Chile, de la cual llegó a ser decano entre 1861 y 1863.⁶ A él se debe la fundación de un despacho de abogados que todavía existe (Palma y Cía.). Por su parte, la familia paterna comienza en Chile con Pietro Alessandri Tarzi (1793-1857), natural de Pisa, quien llegó al país en 1821. Era un hombre vinculado a las artes, pues se dedicó a la escultura y tuvo un teatro en Valparaíso que se incendió en 1878. También se interesó en el comercio marítimo y la pesca de perlas, y se desempeñó como

¹ BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), p. 69, dicen al respecto: "Las *Explicaciones [de Derecho civil chileno y comparado]* de Claro Solar abandonan definitivamente el viejo modelo institucional perpetuado a través de la enseñanza de [José Clemente] Fabres. Había en ellas una amplia elaboración histórica y dogmática fundada en el análisis de las instituciones y de las fuentes empleadas en la elaboración del *Código Civil* chileno con el recurso frecuente a la doctrina de autores europeos, particularmente franceses". La tarea quedó inconclusa por la muerte del autor en 1945, cuando redactaba el tomo dedicado a la prescripción. Hubo que esperar hasta 1978 para que la Editorial Jurídica de Chile publicase esas notas como parte de una nueva edición de las *Explicaciones*, donde los 18 tomos vienen presentados en ocho volúmenes. En ellas quedó sin abordar, además de las reglas sobre prescripción adquisitiva y extintiva, el tratamiento particular de las distintas fuentes de las obligaciones (contratos, cuasicontratos y responsabilidad civil).

² ZELAYA (2004), p. 284.

³ Luis Claro Solar fue profesor de Derecho civil en la Universidad de Chile entre 1889 y 1912.

⁴ Claro y Cía. fue fundado en 1880, y Alessandri y Cía. trece años después.

⁵ Antonio Rodríguez de Aldea se desempeñó como notario mayor de la Curia Eclesiástica del Perú y como oidor y fiscal de la Real Audiencia de Chile, además de ser el redactor de la Constitución chilena de 1822.

⁶ BASCUÑAN (1946), p. 11.

cónsul del Reino de Cerdeña en esa ciudad⁷. Ambos quehaceres seguirían estando presentes en sus descendientes, al igual que la dedicación al Derecho.

Nuestro biografiado nació en la ciudad de Santiago el 8 de mayo de 1895.⁸ Fue el primero de los nueve hijos que tuvo el matrimonio formado por Arturo Alessandri Palma (1868-1950) y Rosa Ester Rodríguez Velasco (1872-1936).⁹ Entre los demás hermanos también hubo algunos personajes célebres en la vida social y política chilena de la segunda mitad del siglo pasado: Jorge (1896-1986) presidió la Compañía Manufacturera de Papeles y Cartones (CMPC) y tuvo una ascendente carrera política como diputado, senador y presidente de la República; Fernando (1897-1982), además de enseñar Derecho procesal en la Universidad de Chile y presidir la comisión encargada de redactar el Código Orgánico de Tribunales (Ley 7421, de 9 de mayo de 1943), fue electo senador en cuatro ocasiones, se desempeñó como presidente de esa Corporación, sucediendo en el cargo a su propio padre, y llegó a ser designado candidato a la presidencia de la República por el Partido Liberal para la elección de 1946, donde obtuvo el tercer lugar; Hernán (1900-1980) enseñó patología médica y semiología médica en la Universidad de Chile, fue decano de su Facultad de Medicina y fundó la Academia Chilena de Medicina; Rosa Ester (1901-1986) contrajo matrimonio con Arturo Matte Larraín y hoy un conocido liceo femenino artístico de la comuna de Independencia lleva su nombre; Eduardo (1903-1973), también abogado, hizo carrera política como diputado y senador, se dedicó a la explotación del fundo “Los Castaños” en Curicó, y tuvo una dilatada participación en los órganos de gobierno de distintas empresas, como director y gerente de la Compañía Azufrera Nacional, director de la Compañía Manufacturera de Metales S.A. (MADEMSA) y la Compañía de Manufactura de Cobre (MADECO), y consejero del Banco del Estado de Chile; Marta (1904-1990) se casó con el pediatra Arturo Scroggie Vergara, que introdujo numerosos adelantos en dicha especialidad en el país, organizó la atención materno infantil en la Caja del Seguro Obrero Obligatorio y creó el Servicio de Colocación Familiar (Lo Franco y Quilicura); Mario (1906-1973) fue médico en varios hospitales y autor de algunos trabajos científicos sobre medicina interna y nefropatía.

Cuando su hijo del mismo nombre nació, el padre se desempeñaba como bibliotecario (cargo que hoy equivale al de director) de la Biblioteca del Congreso Nacional. Dos años antes se había licenciado en Derecho en la Universidad de Chile con una memoria sobre habitaciones obreras, que hizo célebre y contribuyó a forjar el prestigio del Arturo Alessandri Palma como un político preocupado por la por

⁷ GAMONAL (1987), p. 10.

⁸ Los datos biográficos están tomados de ANÓNIMO (1995); ZELAYA (2004); VV.AA. (1953), p. 27, y también de las entradas de Wikipedia (https://es.wikipedia.org/wiki/Arturo_Alessandri_Rodr%C3%ADguez) y Wikibello (https://wikibello.wiki/Alessandri_Rodr%C3%ADguez,_Arturo) dedicadas a Arturo Alessandri Rodríguez, y de aquella con que el Centro de Estudios *Iusta Causa* rindió homenaje al quincuagésimo aniversario de su muerte (<https://iustacausa.cl/50-anos-desde-alessandri/>). Hay también disponible una biografía de 79 pp. escrita por Roberto Castillo Fariás, sin datar, que puede ser consultada en <https://es.scribd.com/document/143814627/VIDA-DE-ARTURO-ALESSANDRI-RODRIGUEZ> [fecha de consulta: 25 de abril de 2022].

⁹ Entre los hermanos del padre figuraba José Pedro Alessandri Palma (1864-1923), ingeniero, agricultor y senador. Hizo fortuna con la compra, loteo y edificación de extensos terrenos en la comuna de Ñuñoa, creada en 1891. A él se debe el trazado y construcción de la avenida Macul, que hoy lleva su nombre. Vendió sitios a ambos lados de dicha avenida y consiguió préstamos para los compradores, comenzando así el desarrollo urbanístico en esa zona que luego albergaría el Instituto Pedagógico y el Campus Juan Gómez Millas de la Universidad de Chile. También erigió entre las calles Agustinas, Huérfanos, Bandera y Morandé los edificios que dieron lugar a la Galería Alessandri, que existe hasta hoy.

entonces acuciante “cuestión social”¹⁰. Fue un precursor: en 1906, la Ley 1838 hizo realidad su idea de promover “la construcción de habitaciones higiénicas y baratas” para los trabajadores, y en 1924, ya como presidente de la República, se aprobaron un conjunto de leyes sociales (jornada laboral de ocho horas, supresión del trabajo infantil, reglamentación del contrato colectivo, régimen para los accidentes del trabajo y el seguro obrero, legalización de los sindicatos, reconocimiento de las cooperativas y creación de los tribunales de conciliación y arbitraje laboral). En 1897, Alessandri comenzó su carrera política como diputado por Curicó en representación del Partido Liberal, cargo en el que sería reelecto de manera continuada por dos décadas¹¹. En 1915 se presentó como senador por la provincia de Tarapacá, imprimiendo a su campaña una orientación decididamente popular, con movilización de sectores obreros y la implantación de una nueva forma de hacer política. Resultó triunfador y recibió el apelativo de “León de Tarapacá”. En 1920 fue proclamado presidente de la República por el Congreso pleno tras una reñida elección con Luis Barros Borgoño. Continúo en la vida política hasta su muerte, ocupando nuevamente la presidencia de la República entre 1932 y 1938 y el cargo de senador entre 1926 y 1932 y 1941 y 1950. Con todo, y aunque el hijo tuvo una vida centrada en el foro y la universidad, la trayectoria de ambos siguió el mismo derrotero durante los años 1927 y 1931, cuando la familia vivió el exilio en Buenos Aires y París.

Arturo Alessandri Palma realizó sus estudios primarios y secundarios en el Instituto Nacional. En 1912 ingresó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, donde se tituló cinco años después con una memoria que ha llegado a ser célebre sobre los contratos de compraventa y de promesa de venta. El 6 de abril de 1918 recibió el título de abogado de parte de la Corte Suprema. En 1919 se convirtió en profesor extraordinario de Derecho civil tras superar el correspondiente concurso y desde 1921 sirvió la cátedra en propiedad.¹² En 1925 fue elegido decano de la Facultad de Leyes, sucediendo a Ruperto Bahamondes que se había convertido en Rector. Sirvió al cargo por dos años, cuando debió partir al exilio junto a su padre y el resto de la familia debido a la hostilidad del general Carlos Ibáñez del Campo. De regreso al país en 1931, volvió al decanato entre 1933 y 1944. Tras su renuncia debido a su desacuerdo con una resolución del Consejo Universitario relativo a un problema reglamentario de la Escuela de Derecho, fue sucedido en el cargo por pocos días por Raimundo del Río.¹³ Aunque no volvió a dar clases, en 1952 fue designado miembro académico de la Universidad de Chile, la máxima distinción académica que conoce esa casa de estudios. Con el fin de fortalecer el intercambio de conocimientos jurídicos en el ámbito del Derecho civil y rendir un homenaje a su figura y legado, el Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile instituyó en 2008 la “Cátedra Arturo Alessandri Rodríguez”. Ella se confiere cada año a un destacado profesor extranjero, que dicta una

¹⁰ En 1891, el papa León XIII había publicado la encíclica *Rerum Novarum*, primero de los documentos pontificios donde se desarrolló la Doctrina social de la Iglesia, cuyo objetivo era abordar sobre las condiciones de vida de la clase trabajadora.

¹¹ Arturo Alessandri Palma nació en la Hacienda Longaví, en la Provincia de Linares, donde su padre se dedicaba a la agricultura en la hijuela que arrendaba.

¹² BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), pp. 23-24, explican así el concurso de acceso a esas plazas docentes: “Para obtener el título de profesor extraordinario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile era necesario redactar una ‘tesis’, sostener públicamente una lección de la asignatura, sorteada con sólo veinticuatro horas de antelación, ante profesores y estudiantes, y rendir ante un tribunal de profesores un completo examen de la disciplina. [...] Para obtener el título de profesor ordinario [...] debía realizarse un examen público entre los aspirantes, previo escrutinio de sus méritos y calidades, para que posteriormente decidiera entre los opositores la Asamblea General de Profesores de la Facultad”.

¹³ BASCUÑÁN (1960), p. 37, explica que la razón fue la decisión de eliminar la prueba escrita eliminatoria.

conferencia magistral sobre una materia de relevancia comparada a los estudiantes que cursan las asignaturas de Derecho civil.¹⁴

En 1953, Alessandri compitió con el pedagogo Juan Gómez Millas (1900-1987) por la rectoría de la Universidad, elección donde resultó vencedor el segundo por 285 contra 247 votos. La derrota coincidió con la muerte de su mujer, Raquel Besa Montt (1898-1953), con quien se había casado en 1922 y de cuya unión nació un único hijo, quien siguió la tradición familiar¹⁵. Arturo Alessandri Besa (1923) estudió Derecho en la Universidad de Chile, donde se licenció en 1949 con una memoria sobre el tratamiento de la nulidad y la rescisión en el Código Civil, que ha sido reeditada en décadas posteriores¹⁶, continuó con el despacho fundado por su abuelo especializándose en propiedad intelectual, e incurrió también en política, siendo diputado, senador y candidato presidencial en la elección de 1993¹⁷. Ese año de 1953 marcó asimismo un hito en la historia de los estudios universitarios en Derecho, porque se promulgó la Ley 11.183, que modificó el Código Orgánico de Tribunales para permitir que los licenciados de cualquier universidad pudiesen acceder al título profesional de abogado, con lo que el resto de las casas de estudios por entonces existentes quedaron eximidas de tener que adaptarse a los planes de estudios de la Universidad de Chile y rendir exámenes ante sus profesores¹⁸.

Desde entonces, Arturo Alessandri Rodríguez se dedicó al ejercicio profesional en el despacho que contribuyó a prestigiar¹⁹ y, paralelamente, a cultivar su pasión por el arte, la literatura y la lírica, a cuya difusión contribuyó con generosidad y entusiasmo. De hecho, la muerte lo sorprendió en Nueva York el 13 de febrero de 1970 mientras asistía a las funciones del Metropolitan Opera House como parte del viaje que cada año hacía por los principales teatros líricos del mundo. Esa noche se representaba *Turandot*, la ópera de Giacomo Puccini conocida por el aria “Nessun dorma” del tercer acto.²⁰ Quiso el destino que su muerte coincidiera con la de René Capitant (1901-1970), profesor de Derecho público en la Universidad de Estrasburgo y ministro de Justicia de la Quinta República Francesa, hijo del civilista que lo había elogiado como el mejor jurista hispanoamericano. Las necrologías de ambos se publicaron en el mismo número de la *Revue Internationale de Droit Comparé*.²¹

¹⁴ La Cátedra ha sido servida por los profesores Rafael Encinas de Munagori, Rémy Cabrillac, François Chabas, Jean-Louis Halpérin, Arturo Caumont, Jacques Mestre, Ricardo Lorenzetti, Graciela Medina, Mustapha Mekki, Jérôme Passa, Michel Grimaldi, Didier Guével y Diego Papayannis.

¹⁵ La casa de la familia Alessandri Besa todavía existe. Emplazada en Avenida República N°701, en la esquina sur poniente con calle Domeyko, fue diseñada por el arquitecto Josué Smith Solar (1867-1938) en estilo neoclásico. En el N°550 de la misma calle tenía su casa el propio arquitecto.

¹⁶ La versión original fue publicada en 1949 por la Imprenta Universitaria. Hubo dos ediciones posteriores: la segunda por Ediar Editores en 1983 y la tercera en 2008 por la Editorial Jurídica de Chile, que fue actualizada por Jorge Wahl Silva.

¹⁷ VELASCO (2010).

¹⁸ GUZMÁN (2005-2006), pp. 282-283.

¹⁹ El despacho estaba situado en Huérfanos N°1294, oficina 25, en la esquina con Teatinos.

²⁰ La ópera *Turandot* se representó cinco veces esa temporada.

²¹ GUZMÁN (1992), pp. 86-87, distingue tres etapas en la formación de la doctrina chilena relativa al Derecho civil. La primera de ellas corresponde a una lectura exegética del código acompañada de una exposición elemental; la segunda supone el comentario de cada artículo, la mayoría de las veces recurriendo al Derecho romano y castellano, y la tercera se inicia con la aparición de los primeros tratados.

Corresponde ahora ocuparse de su trayectoria en el campo del Derecho. Esto exige analizar cuatro ámbitos de su quehacer: el modelo de jurista que contribuyó a crear, sus publicaciones, la gestión universitaria, y el ejercicio profesional y la preocupación por el gremio.

II. UN NUEVO MODELO DE JURISTA

Con Arturo Alessandri Rodríguez comienza un nuevo modelo de jurista, pues aparece el tratado como obra predominante en reemplazo a las “instituciones” y “exposiciones” que habían surgido a partir del inicio de la vigencia del Código Civil.²² Aunque el núcleo del discurso continúa siendo el código, como texto racionalizador de la disciplina, hay un cambio evidente tanto en el modo de exponer las materias como en la elaboración doctrinal y dogmática que soporta esas explicaciones: en adelante se observa una independencia constructiva, que incluso permite críticas al Derecho vigente.²³ Por eso, llevaba razón Eugenio Velasco Letelier (1918-2001), a la sazón decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, cuando en el discurso fúnebre decía que no exageraba al afirmar que Alessandri había marcado rumbos y creado una escuela que hasta entonces perduraba.²⁴

Por cierto, este nuevo modo de aproximarse al Derecho civil chileno tiene ventajas e inconvenientes. Entre los aspectos positivos se cuenta la rigurosidad en el tratamiento de los temas, con incorporación de la jurisprudencia y los ordenamientos comparados para explicar las propias normas e intentar su sistematización. Pero este método, con fuerte raigambre en la exégesis y la dogmática, presenta también algunos aspectos negativos, pues se excluye el apoyo de las ciencias sociales (incluso la historia se aparta como elemento interpretativo), no se quiere construir esquemas abstractos que superen la contingencia normativa del momento, tampoco se presta atención al Derecho no conflictivo surgido de los usos profesionales, y se produce un creciente afrancesamiento,²⁵ que lleva a sustituir la comprensión del Derecho chileno por un “código imaginario” cuya redacción reproduce la del *Code Civil* francés.²⁶ Como fuere, el legalismo jurídico siguió presente en la mayoría de los análisis producidos en esos años.²⁷

Sin embargo, hay un cambio de paradigma que no cabe desconocer: a partir de ese momento, el jurista se transforma en un “instrumento de dominación intelectual, en particular sobre los jueces”.²⁸ Esto se evidencia, por ejemplo, en la creación del Instituto Chileno de Estudios Jurídicos durante el segundo decanato de Arturo Alessandri Rodríguez. Establecido en 1940 con el fin de estudiar nuevos temas jurídicos que tuviesen repercusión social, el trabajo de este instituto dio como resultado algu-

²² STAGL (2021), pp. 101-130, explica que Hispanoamérica en general y Chile en particular no ha sido proclive al género de los “comentarios”.

²³ GUZMÁN (1992), 87.

²⁴ VELASCO (1970).

²⁵ El fenómeno cubre los distintos campos de la cultura chileno de comienzos del siglo XX. Véase GONZÁLEZ (2003).

²⁶ DOMÍNGUEZ (2005), pp. 76-77.

²⁷ BRAVO (1992), p. 211.

²⁸ JESTAZ y JAMIN (2018), p. 162.

nas reformas importantes al Código Civil y al Código de Procedimiento Civil (por ejemplo, en materia de adopción, pago por consignación, regímenes matrimoniales, filiación natural y sucesiones, además de la simplificación de las reglas procesales para los juicios civiles).²⁹

Esta transformación fue posible también debido a que el cambio de siglo había supuesto una renovación de la educación universitaria en el país. Anticipado por Valentín Letelier (1852-1919) a fines del siglo anterior y preparado por Alejandro Álvarez (1868-1960), en 1901 se presentó en la Universidad de Chile una reforma del plan de estudios. Ella incluía el abandono del método exegético y la adopción de una perspectiva sistemática, siguiendo el modelo pandectista,³⁰ que era un reflejo de aquel que se había implementado en Francia a partir de 1895.³¹ En 1902, el Consejo Universitario aprobó dicho programa. Entre otras novedades, el nombre de la asignatura “Código Civil” cambió a “Derecho civil”, de manera de hacer evidente el giro metodológico que se pretendía adoptar y que buscaba ir “más allá de los códigos”, según la expresión acuñada por Juan Antonio Iribarren (1885-1968).³² Alessandri perfeccionó el método que había iniciado Leopoldo Urrutia (1849-1936), quien había sido nombrado en propiedad en la cátedra de Derecho civil para reemplazar la vacante dejada por Enrique Cood (1826-1886), discípulo de Bello, consistente en enseñar instituciones jurídicas, con las necesarias referencias al código y al resto del Derecho positivo, pero sin seguir de manera rigurosa el orden de los libros, títulos y artículos de dicho texto legal.³³

Otro elemento importante de la reforma fue la inclusión del Derecho comparado dentro del programa de estudios, como parte de las nuevas perspectivas añadidas a la formación de los futuros abogados.³⁴ Se incorporó una asignatura para esta materia con carácter optativo en el último año de la carrera, de la cual Arturo Alessandri se hizo cargo en más de una ocasión asumiendo la sección de Derecho civil.³⁵ En 1919 se creó el Seminario de Derecho Privado, cuya función era acoger a los estudiantes que preparaban sus memorias de prueba. Con todo, el despegue de este último se produjo recién en 1930, cuando fue nombrado director Luis Barriga Errázuriz (1895-1978), quien después de estudiar la licenciatura en la Universidad de Chile se había doctorado en la Universidad de París, y que se mantuvo en ese cargo hasta 1960. Fue sustituido por Avelino León Hurtado (1913-1984) y, poco después, por Fernando Fueyo Laneri (1920-1992).³⁶

La docencia de Alessandri fue marcando la manera de enseñar el Derecho civil desde entonces.³⁷ Así

²⁹ MELLAFE et al (1992), p. 169.

³⁰ AMUNÁTEGUI (2016), p. 22.

³¹ BRAVO (1992), p. 150.

³² Discípulo de Valentín Letelier, enseñó Historia del Derecho en la Universidad entre 1918 y 1954. Fue también ministro de Educación y del Interior.

³³ BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), pp. 19-20.

³⁴ MUÑOZ (2021), p. 156.

³⁵ El curso se llamaba “Derecho civil comparado y profundizado”.

³⁶ BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), pp. 30-32.

³⁷ THAYER (2010), pp. 47-51, cuenta algunas anécdotas sobre la docencia de Arturo Alessandri.

lo recuerda Avelino León Hurtado, también profesor de esa asignatura: “La gran capacidad de síntesis del profesor Alessandri, la solidez de su criterio jurídico, su extraordinaria claridad de pensamiento y la elocuencia y precisión de su lenguaje, lograron que sus clases recogidas en apuntes taquigrafiados y sus numerosos libros, nos fueron formando un criterio jurídico”.³⁸ Poco a poco, se fue produciendo ese efecto de “domesticación del espacio jurídico” que se atribuye a la doctrina, que supone dos procesos imbricados y distinguibles: la teorización sobre las fuentes del Derecho y su peso relativo, y la construcción de la propia entidad como un actor cultural.³⁹ Esta última fue el resultado de las publicaciones que han trascendido a su autor, sobre las que se tratará en el apartado siguiente.

El quehacer de Arturo Alessandri Rodríguez no se limitó a los claustros universitarios y tuvo una activa intervención en las principales leyes modificatorias al Código Civil promulgadas durante la primera mitad del siglo XX. Fue el caso de las Leyes 5521, de 19 de diciembre de 1934, que reformó lo concerniente a la capacidad jurídica de la mujer; 6162, de 28 de enero de 1938, que redujo los plazos de prescripción; 7612, de 21 de octubre de 1943, que rebajó la mayor edad a los 21 años, suprimió la muerte civil y eliminó la incapacidad de las personas jurídicas, autorizó la separación convencional de bienes durante el matrimonio e introdujo otras reformas al Código Civil; y 10.271, de 2 de abril de 1952, que modificó significativamente la sociedad conyugal, así como diversas normas de familia y hereditarias.⁴⁰ Sobre varias de ellas, además de una visión de conjunto, escribió en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, donde Alessandri era asiduo colaborador. Dicha publicación ayudó a que la literatura jurídica floreciera y ganara consistencia, fijando nuevos estándares de investigación.⁴¹

La labor académica del Decano Alessandri fue reconocida por la Universidad de París y la Universidad San Marcos de Lima con el grado de doctor honoris causa, mientras que la Facultad Internacional de Derecho Comparado con sede en Estrasburgo lo nombró entre sus directores.⁴² En 1952, al recibir el primero de esos reconocimientos, pronunció un breve discurso, donde resumió su carrera diciendo: “he sido únicamente abogado y profesor de Derecho civil. He ahí toda mi vida: al servicio de la enseñanza y de la práctica del Derecho”.⁴³

III. LAS PUBLICACIONES

En 1915 se había establecido la obligación de imprimir la memoria que los egresados debían presentar para obtener el grado de licenciado en Derecho.⁴⁴ Dos años después, Arturo Alessandri depositó su monumental memoria de prueba intitulada *De la compraventa y de la promesa de venta*, que en su ver-

³⁸ LEÓN (1979), p. 8.

³⁹ JESTIN y JAMIN (2018), pp. 161-162.

⁴⁰ ALCALDE (2018), pp. 265-292.

⁴¹ AMUNÁTEGUI (2016), p. 23.

⁴² VV.AA. (1953), p. 27, y ZELAYA (2004), pp. 282-283.

⁴³ ANÓNIMO (1995).

⁴⁴ BASCUÑÁN (1946), p. 9.

sión original de la Imprenta y Litografía Barcelona consume 2591 páginas distribuidas en dos tomos.⁴⁵ Los 2178 párrafos en que se divide la exposición de los contenidos muestran la amplitud y profundidad del tratamiento del tema, así como “la riqueza de razonamiento”⁴⁶ de su autor, con un evidente predominio de la literatura francesa, especialmente de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), Charles Demolombe (1804-1887), y Gabriel Baudry-Lancantinerie (1837-1913).⁴⁷ El libro fue reeditado por la Editorial Jurídica de Chile en 2003, con una presentación de cuatro tomos y la sustitución del sistema ortográfico vigente en la época en que el libro fue escrito.⁴⁸ Hasta hoy, y no obstante el tiempo transcurrido, este libro continúa siendo referencia obligada.

Durante el breve mandato de la junta de gobierno integrada por Emilio Bello Codesido, Pedro Pablo Dartnell y Carlos Ward, se había promulgado el Decreto Ley 328, de 12 de marzo de 1925, conocido como “Ley Maza” en recuerdo del ministro de Justicia José Maza Fernández (1889-1969), a quien tocó presidir la comisión que elaboró la Constitución Política promulgada el 18 de septiembre de ese año. Esa ley modificaba las disposiciones vigentes sobre capacidad de la mujer casada, creando la figura de los bienes reservados provenientes del ejercicio de un trabajo remunerado independiente del marido. Sin embargo, la reforma no alteraba de manera directa el Código Civil o el Código de Comercio, sino que establecía una serie de reglas autónomas destinadas a mejorar la situación jurídica de la mujer que se integraba al mundo del trabajo. Con el fin de dar operatividad a la reforma mediante un ajuste de los cuerpos legales respectivos, el 19 de diciembre de 1934 se publicó la Ley 5521, que “igual a la mujer chilena ante el derecho”. Para explicar la nueva situación en torno a los regímenes patrimoniales, Alessandri publicó al año siguiente la obra intitulada *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*, que se vio complementada en 1940 por otro libro semejante, aunque mucho más breve, que lleva el título de *Tratado práctico de la capacidad de la mujer separada de bienes*⁴⁹. Respecto del primero de esos libros, Ramón Domínguez Águila ha dicho: “Las cuestiones que puede presentar la extensa materia tratada por el decano en esa obra son resueltas al modo francés, a pesar de que las disposiciones del Código en ellas está fuertemente influido por el viejo Derecho español”.⁵⁰

Otra obra de gran influencia escrita por Alessandri fue *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno* (1943),⁵¹ que constituyó el libro de referencia en la materia hasta la aparición del

⁴⁵ La Imprenta Barcelona fue un referente de la modernización gráfica en Chile. Fundada en noviembre de 1891 por Luis Barros Méndez e Ignacio Balcells a partir de la adquisición de la Imprenta Católica, desde el año siguiente dispuso de máquinas de esteotipia y litografía de última tecnología. En 1893 se abrió al público y continuó en funcionamiento hasta 1918. Véase Arcos (2015).

⁴⁶ ANCEL (1970), p. 553.

⁴⁷ DOMÍNGUEZ (2005), p. 70.

⁴⁸ Mediante el DS 3876, de 20 de julio de 1927, del Ministerio de Instrucción Pública, se ordenó la adopción de la ortografía aprobada por la Real Academia Española en “todos los documentos de la Administración pública de Chile” y por “todos los establecimientos de la instrucción pública”. Desde 1844 se utilizaba en Chile, con algunos ajustes, la ortografía propuesta por Andrés Bello. Sin embargo, de ese sistema sólo habían pervivido tres reglas, cayendo las demás en desuso: sustituir por “i” la “y” con valor vocálico (rei, i); sustituir por “j” el sonido fricativo sordo de la “g” (jeneral, jinebra); sustituir por “s” la “x” ante consonantes (testo, extremo).

⁴⁹ Ambos libros fueron publicados por la Imprenta Universitaria.

⁵⁰ DOMÍNGUEZ (2005), p. 70.

⁵¹ Este libro también publicado en su primera edición por la Imprenta Universitaria. Después se reeditó dos veces: en 1983 por la Editorial Ediar y en 2005 por la Editorial Jurídica de Chile.

tratado de Enrique Barros en 2006. Este trabajo proviene del texto que había preparado con ocasión del curso de Derecho civil comparado y profundizado que dictó en 1939 sobre esa materia. Respecto de esta obra, Ramón Domínguez Águila señala que, “en sus grandes líneas, y aún en las soluciones adoptadas, está basada en la segunda edición de la obra de Henri y León Mazeaud (París 1934) y con un uso abrumador de la doctrina francesa existente hasta ese momento, como Lalou, Marton, Sava-tier, existiendo, incluso, algunas referencias que son las mismas de la obra de los hermanos Mazeau-d”.⁵² De hecho, esto contribuyó a forjar un “código imaginario” en torno a algunos puntos del régimen de la responsabilidad extracontractual.⁵³

Como fuere, quizá la obra de Arturo Alessandri Rodríguez más citada sea una que nunca escribió. Se trata del *Curso de Derecho civil* redactado por Antonio Vodanovic Haklicka (1916-2005), cuya facción se indica está basada en las explicaciones de clases de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva (1905-1988), quien impartió la asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile entre 1930 y 1955.⁵⁴ El curso estaba dividido en cuatro tomos, publicados originalmente por la Editorial Nascimento entre 1939 y 1942, y reeditados después por la Editorial Jurídica de Chile y Ediciones Jurídicas Santiago. Ellos cubren el programa completo de la disciplina, con exclusión de Derecho de familia y Derecho sucesorio.⁵⁵ Como se hizo habitual en aquellos años,⁵⁶ sí son transcripciones de las clases de Derecho civil comparado y profundizado impartidas por Alessandri un curso de Derecho de obligaciones y otro sobre Derecho de contratos, que cuenta con dos versiones de distinto contenido (uno analiza la teoría del negocio jurídico y algunos elementos de la teoría general del contrato, mientras que el otro presenta la explicación de los contratos más importantes).

Como ha quedado dicho, Arturo Alessandri fue autor de varios trabajos publicados en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*.⁵⁷ Algunos de ellos son comentarios de sentencias de la Corte Suprema,⁵⁸ otros abordan problemas jurídicos que le había supuesto la práctica profesional, y hay también algunos que presentan figuras novedosas, como las reformas de los Códigos Civiles europeos a partir de la década de 1920, la autocontratación, el cúmulo de responsabilidades, el contrato dirigido y el valor del silencio.

⁵² DOMÍNGUEZ (2005), p. 70.

⁵³ Véase, por ejemplo, BARRIENTOS (2009).

⁵⁴ CORRAL (2018) y (2019).

⁵⁵ En 1938 apareció un volumen intitolado *De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos* impreso por la Editorial Nascimento, cuya autoría figura atribuida a Manuel Somarriva, si bien se indica que la redacción corresponde a Antonio Vodanovic Haklicka. En adelante este libro ha sido publicado (primero por la Editorial Nascimento y después por la Editorial Jurídica de Chile) según la versión de las clases de dicho autor tomadas por René Abeliuk Manasevich (1931-2014). En 1946 Somarriva publicó también en dicha editorial un *Derecho de familia*, que fue galardonada con el Premio “Manuel Egidio Ballesteros”, 1945-1946, concedido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile a la mejor obra jurídica escrita por abogados dentro de dicho bienio (el autor había recibido el mismo premio en el bienio 1943-1944 por su *Tratado de las cauciones*).

⁵⁶ BARRIENTOS y CASTELLETTI (2002), p. 70.

⁵⁷ Se puede ver su enumeración en GONZÁLEZ (2018), pp. 454-456.

⁵⁸ Quizá el más conocido sea el comentario que hizo a la célebre sentencia de 30 de julio de 1925, recaída en el caso “Sabioncello con Haussmann”, que asentó la posibilidad de pedir la nulidad del matrimonio por incompetencia del Oficial civil mediante la impugnación de la respectiva partida con declaraciones de testigos. Convertida en una práctica forense avalada por los tribunales, dicha estrategia fue utilizada para anular un matrimonio hasta la introducción del divorcio vincular con la Ley 19.497, de 147 de mayo de 2004.

IV. LA GESTIÓN UNIVERSITARIA

Durante su primer decanato, Arturo Alessandri ve los estertores del modelo universitario con el que se había educado, que incluye “un nuevo plan de estudios que contiene cambios de consideración para la estructura de los estudios” aprobado en 1924.⁵⁹ Junto con las reformas introducidas a comienzos del nuevo siglo y estas últimas, se hizo sentir también, cada vez con más urgencia, la necesidad de que la universidad asumiera el desafío de cultivar la investigación.⁶⁰ Fue así como, superado el primer cuarto del siglo XX, la llegada de Carlos Ibáñez al poder trajo consigo el comienzo una nueva etapa, conocida como de la “Universidad docente e investigadora”.⁶¹ Entre otras novedades, ese año se establecieron las bases para abrir programas de doctorado en Chile (artículo 26 del Decreto con Fuerza de Ley 7500, de 27 de diciembre de 1927, del Ministerio de Instrucción Pública), si bien no hubo resultados prácticos en el campo del Derecho: hasta el año 2002 no fue establecido ningún programa de doctorado en Derecho en el país.⁶²

El segundo decanato tuvo mayores novedades, pues dejó como recuerdo la sede de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile que, con agregaciones, permanece hasta hoy. Tras su fundación, dicha Facultad había sido instalada en las dependencias del Instituto Nacional, ubicado en un edificio con acceso por la Alameda que fue demolido en 1956. Permaneció allí hasta que se construyó el edificio que alberga la Casa Central de dicha universidad, erigido entre 1863 y 1872. Cincuenta años después el espacio era insuficiente y las condiciones en que funcionaba la Facultad dejaban mucho que desear. Motivado por las circunstancias y habiendo sido testigo de la organización universitaria en Europa, el decano Arturo Alessandri Rodríguez comenzó en 1934 a gestionar una nueva ubicación para la Escuela de Derecho.⁶³ Para ese fin el Estado transfirió a la universidad un terreno situado en la ribera norte del río Mapocho, en la actual intersección de las calles Pío Nono con Santa María y Bellavista, colindando con la Imprenta y Litografía Universo, que había sido adquirida por la Editorial Zig-Zag en 1919. El edificio fue diseñado por el arquitecto Juan Martínez Gutiérrez (1907-1976) y se levantó en tres años, siendo inaugurado en 1938 cuando concluía el gobierno del padre del Decano.⁶⁴ Su fachada principal se caracteriza por una línea curva de grandes columnas y su color rojo. Se trata de una construcción que aún la arquitectura neoclásica historicista simplificada (por ejemplo, mediante la presencia de machones de hormigón en vez de pilares; zócalos con arcos de medio punto; remates que hacen las veces de cornisas; un atrio, columnata y escalinata monumental, y el luminoso y despejado vestíbulo de acceso) y la vanguardia expresada por la simplificación (mediante recintos especializados según su uso concreto y fachadas relacionadas con el uso interior). A través del DS

⁵⁹ BASCUÑÁN (1946), pp. 9-10.

⁶⁰ BRAVO (1992), p. 158.

⁶¹ BRAVO (1992), pp. 191-193.

⁶² GUZMÁN (2005-2006), pp. 308-312.

⁶³ MELLAPE et al (1992), p. 167.

⁶⁴ Aunque nacido en Bilbao, Juan Martínez Gutiérrez llegó al país con pocos años y estudió Arquitectura en la Universidad de Chile. A él se debe también el diseño del pabellón de Chile en la Exposición Iberoamericana de Sevilla de 1929, la Escuela Militar de Santiago, el Templo Votivo de Maipú y la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile. Recibió el Premio Nacional de Arquitectura en 1969.

289, de 2 de julio de 2014, del Ministerio de Educación, el edificio fue declarado monumento histórico.

Durante este segundo decanato se aprobó además un plan de estudios, que fue sancionado a través del Decreto del Rector N°541, de 7 de diciembre de 1934. Su objetivo era desarrollar en los estudiantes un mayor espíritu de investigación y poner a la Universidad en contacto con la realidad y las necesidades del país.⁶⁵ Con ese fin se quiso dar prioridad a los ejercicios prácticos y al trabajo en seminarios. Se fijó en cinco el número de ellos (Derecho privado, Derecho comercial e industrial, Derecho público, Derecho penal y Medicina legal, y Ciencias económicas), distribuyéndose en cada uno las asignaturas que resultaban más afines. El profesor Luis Barriga fue encargado de la coordinación de los distintos seminarios, además de continuar con la dirección del de Derecho privado. Ese año comenzó también su funcionamiento el Instituto de Ciencias Penales. El plan de estudios mantenía la enseñanza del Derecho civil en tres cursos anuales, entre el segundo y el cuarto de la carrera, y fue reformado en 1937 y 1939.⁶⁶ Este plan de estudios continuaría vigente hasta el año 1966, siendo restablecido después en 1975.

La preocupación social del padre también estuvo presente en el hijo, y ella lo llevó a crear la llamada “beca Alessandri” en 1935, financiada con su sueldo como profesor y decano, con el objetivo de subvenir los gastos de educación de los estudiantes de menores recursos.

Arturo Alessandri Rodríguez ocupó también en varias ocasiones el cargo de vicerrector en la Universidad de Chile.⁶⁷

V. EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA Y EL INTERÉS GREMIAL

Simultáneamente con el comienzo de sus estudios en la Escuela de Leyes de la Universidad de Chile, Arturo Alessandri Rodríguez se incorporó al estudio fundado por su padre en 1893.⁶⁸ Su primer trabajo consistió en transcribir los escritos de éste y llevar la correspondencia, pero pronto fue ascendiendo hasta ser el encargado de redactar las cartas más importantes del político. Entre los hitos más destacados de su trayectoria profesional cabe mencionar los siguientes: la aceptación de la precedencia del matrimonio civil al religioso antes de que la Ley 4808 así lo estableciera (1916), el reconocimiento del hijo natural y la transmisión de sus derechos hereditarios cuando la materia todavía no era clarificada por la Ley 10.271 (1924), la fijación del alcance del artículo 162 del Código de Minería de 1888 relativo a los conflictos de concesiones sobre los depósitos de carbón de piedra de las playas marítimas y el mar adyacente (1927), la clarificación de la personalidad jurídica del Arzobispado de Santiago después de que la Constitución de 1925 introdujo la separación entre el Estado y la Iglesia católica (1931), y la defensa de

⁶⁵ MELLAFE et al (1992), p. 167.

⁶⁶ BASCUÑÁN (1946), p. 10.

⁶⁷ VV.AA. (1953), p. 27.

⁶⁸ El despacho estaba situado entonces en Alameda N°1158, entre las calles Zenteno y San Diego.

los armadores daneses por el juicio de requisición de naves contra el Fisco de Chile (1941-1946).⁶⁹

Su preocupación por el ejercicio de la profesión se manifestó también con la creación de la serie “Códigos de la República puestos al día”, que buscaba proporcionar textos actualizados para la consulta de abogados y estudiantes. Justo después de que Alessandri dejó el decanato, mediante un convenio suscrito el 3 de septiembre de 1945 entre la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y la Biblioteca Nacional fue creada la Editorial Jurídica de Chile, entre cuyos cometidos se cuenta la edición oficial de los códigos de la República, continuando así la labor iniciada por aquél. A dicha editorial le fue conferida personalidad jurídica a través de la Ley 8737, de 4 de septiembre de 1947, nacida de una moción del senador Arturo Alessandri Palma. Su hijo presidió por varios años la Comisión de Códigos de dicha editorial.⁷⁰

Arturo Alessandri Rodríguez tuvo igualmente una activa participación gremial. Se integró como consejero al Colegio de Abogados desde su creación en 1925 merced al Decreto Ley 406, de 19 de marzo de ese año, también debido a la Junta de Gobierno de Bello, Dartnell y Ward. Sirvió ese cargo hasta 1955. Además, fue presidente de dicha corporación entre 1951 y 1954, siendo sucedido por Raúl Varela Varela (1902-1969). Su nieto Arturo Alessandri Cohn (1951) también ocupó la presidencia del Colegio entre 2015 y 2019. Durante su dirección, Arturo Alessandri promovió la fusión de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* y la *Gaceta de los Tribunales*, que acabó consumándose en 1950.⁷¹ El Código Orgánico de Tribunales prevé que en esta última revista se publiquen los fallos de los tribunales superiores (artículo 89) y la cuenta anual del presidente de la Corte Suprema (artículo 102). La revista fusionada dejó de circular a mediados de 2007. Durante esos años se creó debido a su impulso el Servicio de Asistencia Jurídica del Colegio de Abogados (1932), para atender a las personas necesitadas de defensa jurídica que no constasen con los medios económicos para contratar un abogado. De hecho, quedó establecido en el Código Orgánico de Tribunales que era requisito hacer una práctica profesional en algún consultorio durante seis meses para obtener el título profesional de abogado por parte de la Corte Suprema (artículo 523).

⁶⁹ Sobre este último caso, la *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, Nº2-3 (1996) incluye un tomo II, donde se relata la aplicación de los principios generales de Derecho internacional en la jurisprudencia. El caso de los armadores daneses está relatado entre las pp. 519 y 599.

⁷⁰ ZELAYA (2004), p. 283.

⁷¹ GUZMÁN (1983), p. 169, explica que “[l]a *Gaceta de los Tribunales* fue un periódico semanal fundado el 16 de noviembre de 1841 por don José Gabriel Palma, quien por muchos años lo redactó acompañado por don Antonio García Reyes, don José Antonio Álvarez, don Antonio Varas y otros connotados juristas de la época. Sus páginas quedaron destinadas a la publicación tanto de las sentencias de los tribunales de primera y segunda instancia, como a la de leyes y proyectos de tales, reglamentos, decretos y auto acordados, lo mismo que a la de artículos de doctrina y comentarios de sentencias. Solía, además, aparecer informaciones concernientes a la instrucción pública y estadísticas. Desde 1860, sin embargo, la revista se limitó a la publicación de sólo las sentencias”. Por su parte, la *Revista de Derecho y Jurisprudencia* fue creada en 1903 por iniciativa de Eliodoro Yáñez y Luis Claro Solar, a los que se unió un selecto grupo de abogados, magistrados y profesores universitarios. Su primer objetivo era otorgar publicidad a las resoluciones de la Corte Suprema, que había sido establecida en el Código de Procedimiento Civil como un tribunal de casación. Para que resultase posible corregir las infracciones contenidas en los fallos judiciales, era necesario uniformar la jurisprudencia por medio de la adopción, en cada caso análogo, de la doctrina establecida por el más alto tribunal de la República, que funcionaba en un inicio con una sola sala. El segundo objetivo de la revista era que las decisiones de la Corte pudiesen ser sometidas a una crítica meditada y discreta, y también dar publicidad a los estudios jurídicos de autores chilenos o extranjeros que fuesen de interés para el Derecho nacional.

Finalmente, Arturo Alessandri Rodríguez desempeñó cargos en los gobiernos corporativos de varias empresas: fue presidente y gerente de la Sociedad Agrícola El Budi,⁷² presidente de la Sociedad Constructora de Viviendas Económicas S.A. (SOCOVESA), y director de Said, de Saavedra Bernard, de Yarur S.A. y del Banco de Crédito e Inversiones.⁷³

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ALCALDE SILVA, Jaime (2018): “La situación del Derecho de familia en Chile”, en: GARRIDO DE PALMA, Víctor (dir.), *Instituciones de Derecho privado*, tomo IV, volumen 3º: *Familia* (Madrid, Civitas/Thomson-Reuters).
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos (2016): “La doctrina jurídica en Chile: un breve estudio acerca del surgimiento de la figura del jurista en Chile y la educación universitaria”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* (vol. 29, N°1).
- ANCEL, Marc (1970): “Arturo Alessandri Rodríguez”, en: *Revue Internationale de Droit Comparé* (vol. 22, N°3).
- ANÓNIMO (1995): “Arturo Alessandri Rodríguez”, en: *Revista del Abogado* (N°4).
- ARCOS HERRERA, Carol (2015): “Semblanza de Imprenta Barcelona (1891- 1918)”, en: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes - Portal Editores y Editoriales Iberoamericanos (siglos XIX-XXI) - EDI-RED: [http://www.cervantesvirtual.com/obra/imprensa-barcelona-1891-1918- semblanza-/ \[fecha de consulta: 25 de abril de 2022\]](http://www.cervantesvirtual.com/obra/imprensa-barcelona-1891-1918- semblanza-/ [fecha de consulta: 25 de abril de 2022]).
- BARRIENTOS GRANDON, Javier (2009): “De la presunción general de culpa por el hecho propio: a propósito de los artículos 2314 y 2329 y de nuestro ‘Código Civil imaginario’ (II)”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N°13).
- BARRIENTOS GRANDON, Javier y CASTELLETTI FONT, Claudia (2002): *Fernando Fueyo Laneri 1920-1992. Estudio biobibliográfico* (Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri).
- BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal (1946): *La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago).
- BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal (1960): *Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales*, 2ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BRAVO LIRA, Bernardino (1992): *La universidad en la historia de Chile 1622-1992* (Santiago, Pehuén).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2019): “De nuevo sobre Vodanovic, el civilista (no el animador)”, disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/2019/04/28/de-nuevo-sobre-vodanovic-el-civilista-no-el-animador/> [fecha de consulta: 30 de abril de 2022].
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2018): “Del ‘Alessandri-Somarriva’ al ‘Vodanovic Haklicka’”, disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/2018/03/04/del-alessandri-somarriva-al-vodanovic-haklicka/> [fecha de consulta: 30 de abril de 2022].

⁷² La sociedad había sido constituida para explotar las tierras adquiridas por la familia Alessandri en 1914. Cfr. LE BONNIEC (2006), p. 556.

⁷³ VV.AA. (1953), p. 27.

- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2005): “La influencia de la doctrina francesa en el Derecho chileno”, en: *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado*, vol. II, (Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales).
- GAMONAL ROSALES, Germán (1987): *Jorge Alessandri. El hombre. El político* (Santiago, Holanda Comunicaciones).
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2018): *Índice chileno de Derecho privado*, 2ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, Francisco Javier (2003): *Aquellos años franceses. 1870-1900. Chile en la huella de París* (Santiago, Taurus).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1992): “El Código Civil y sus primeros intérpretes”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 19, N°1).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2005-2006): “La enseñanza del Derecho. Historia y perspectivas”, en: *Anales del Instituto de Chile* (vol. XXV).
- GUZMÁN PÁEZ, Rodrigo (1983): “Índice de la revista Gaceta de los Tribunales 1841-1860”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (vol. 8).
- JESTAZ, Philippe y JAMIN, Christophe (2018): *La doctrina*, trad. de Pascale Dufeu y Daniela Ejsmentewicz (Santiago, Rubicón).
- LE BONNIEC, Fabien (2006): “Vueltas y revueltas de la historia a las orillas del Lago Budi”, *Anales de Desclasificación* (vol. 1, N°2).
- LEÓN HURTADO, Avelino (1979): *Discurso pronunciado en el acto en el que le fue otorgado el grado académico de profesor emérito de la Universidad de Chile*, Santiago, Universidad de Chile.
- MELLAFE ROJAS, Rolando; REBOLLEDO HERNÁNDEZ, Antonia y CONTRERAS VEGA, Mario (1992): *Historia de la Universidad de Chile*, Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando (2021): *Introducción a la Historia del Derecho chileno* (Santiago, Ediciones DER).
- STAGL, Jakob Fortunat (2021): *La vida de los hombres mismos vista desde un lado particular. Ensayos de Derecho civil chileno y comparado* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- THAYER ARTEAGA, William (2010): “Alessandrismo de un falangista”, en VELASCO SANTELICES, Rodrigo y MORALES ANDRADE, Marcos (eds.), *Estudios de Derecho y propiedad intelectual. Colección de trabajos en homenaje a Arturo Alessandri Besa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VELASCO LETELIER, Eugenio (1970): “Arturo Alessandri Rodríguez” (discurso pronunciado con ocasión de su funeral), en: *El Diario Austral*, Temuco, edición del 22 de febrero de 1970.
- VELASCO SANTELICES, Rodrigo (2010): “Arturo Alessandri Besa. Reseña biográfica”, en: VELASCO SANTELICES, Rodrigo y MORALES ANDRADE, Marcos (eds.), *Estudios de Derecho y propiedad intelectual. Colección de trabajos en homenaje a Arturo Alessandri Besa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VV.AA. (1953): *Diccionario Biográfico de Chile*, 9ª ed. (Santiago, Empresa Periodística de Chile)
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro (2004): “Arturo Alessandri Rodríguez (1895-1970)”, en: DOMINGO OSLÉ, Rafael (ed.), *Juristas universales* (Madrid, Marcial Pons), t. IV.

Análisis sentencia rol de Corte Suprema 3679-19. Declaración de la existencia de la relación laboral de prestadores de servicios a honorarios en municipios y sus efectos

Analysis of Supreme Court ruling n° 3679-19. Establishment of an employment relationship of fee-based service providers in municipalities and its effects

Juan Eduardo Guzmán Zúñiga

Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile.

Correo electrónico: juanguzman.abogado@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-6921-5873>.

Recibido el 03/06/2022

Aceptado el 20/06/2022

Publicado el 30/06/2022

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n40-07>

RESUMEN: La sentencia que se comenta corresponde al fallo de la Corte Suprema, de 17 de junio de 2019. En particular el fallo discute la procedencia de la sanción de nulidad de despido, tratándose del despido de trabajadores contratados a honorarios en el Municipio

ABSTRACT: *The judgment under discussion is the ruling of the Supreme Court of 17 June 2019. In particular, the ruling discusses the appropriateness of the sanction of nullity of dismissal, in the case of the dismissal of workers hired on a fee-basis in the de-*

demandado. La sentencia es relevante, en la medida que, como analizaremos, determina una órbita de delimitación entre el desempeño de labores bajo subordinación y dependencia, o bajo otra modalidad de prestación de servicios.

PALABRAS CLAVE: Nulidad del despido, contratos a honorarios.

defendant Municipality. The ruling is relevant as it determines a delimitation orbit between the performance of work under subordination and dependence, or under another manner of service provision.

KEY WORDS: Nullity of dismissal, fee-based contracts.

I. LA SENTENCIA

A. Actuaciones procesales

La sentencia que comentamos corresponde al fallo de la Excelentísima Corte Suprema, de 17 de junio de 2019, recaída en la causa rol N° 3679-19, que acoge el recurso de unificación de jurisprudencia deducida por la Ilustre Municipalidad de Melipilla.

Doña Minda Carrasco Moreno, quien se desempeñaba como secretaria administrativa, interpone una demanda de Procedimiento de Aplicación General Laboral por Nulidad del despido, despido Injustificado y cobro de prestaciones laborales adeudadas, en contra de la Ilustre Municipalidad de Melipilla, solicitando que se declare la existencia de una relación laboral entre las partes desde el 1 de abril de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2016, entendiéndose que los contratos a honorarios celebrados entre las partes en realidad decían relación con un contrato de trabajo.

El Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Melipilla falla, determinando que existió relación laboral entre la demandante y la demandada desde el 1 de abril de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2016, pero no concede la nulidad del despido y el pago de las cotizaciones previsionales durante el tiempo que se mantuvo vigente la relación laboral. Con posterioridad a la dictación de la sentencia, el demandante, presenta un recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, en adelante CA, principalmente porque no se ha concedido la sanción de la nulidad del despido contemplada en el artículo 162 del Código del Trabajo, desde ahora en adelante CdT, como tampoco el otorgamiento del pago de las cotizaciones previsionales a la actora durante el tiempo en que se desempeñó como trabajadora en la Municipalidad de Melipilla.

La CA de San Miguel, por medio de sentencia de reemplazo, dio lugar a la petición de nulidad del despido, condenando, además, al pago de las cotizaciones previsionales, pero sólo respecto al período que media entre el despido y su convalidación. Con posterioridad ambas partes interponen recurso de unificación de Jurisprudencia ante la Corte Suprema, desde ahora CS. La parte demandada funda su recurso argumentando que es improcedente la aplicación de la sanción de nulidad del despido, pues entiende que tal punición no procede en los casos en que el empleador, siendo un organismo de la Administración del Estado, celebre con el trabajador contratos de honorarios amparado en una

fórmula legal que lo autorizaba, lo que lo exime del castigo referido. La parte demandante se plantea como cuestión a unificar, aquello que dice relación con la procedencia del pago de las cotizaciones previsionales únicamente a partir del inicio de la relación laboral, sin incluir aquellas devengadas con anterioridad. La CS acoge en parte los recursos de ambas partes.

B. Teoría del caso de las partes

El demandado sostiene que la sanción contemplada en el artículo 162 del CdT, sólo procede en el evento que el empleador no entera las cotizaciones previsionales habiendo realizado la retención de los fondos de las remuneraciones de los trabajadores, lo que en la especie no se verificó. La demandante sostiene que, atendida la naturaleza declarativa de la decisión que reconoció la vigencia de la relación laboral, la obligación de enterar las cotizaciones previsionales rige desde que se comenzaron a pagar las remuneraciones, de modo que, si no se solucionaron las cotizaciones mencionadas, procede acceder a su pago durante todo el período que la trabajadora, prestó los servicios.

C. Argumentación jurídica del tribunal

1. Argumentos de hecho

El fallo recurrido determina que en base a distintas pruebas allegadas a la causa no se está en presencia de contratos de honorarios, sino que de un contrato de trabajo propiamente tal. Esto es así pues el sentenciador consideró que son hechos establecidos en el fallo atacado, la existencia del vínculo laboral que unió a las contendientes entre el 1 de abril de 2010 y el 31 de diciembre de 2016. También que la desvinculación de la trabajadora careció de causal y quedada la naturaleza civil que en concepto de la demandada tenía la prestación de servicios realizada por la actora, la Ilustre Municipalidad de Melipilla no acreditó haber cumplido con su obligación de enterar en las entidades correspondientes las cotizaciones previsionales, de seguridad social, salud y de cesantía de la trabajadora.

2. Argumentos de Derecho

Por cuatro votos contra uno, el tribunal decidió acoger el recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto en primer lugar por el demandado, al determinar que no procede la nulidad del despido e igualmente acoge el recurso de unificación del demandante, al determinar que la Municipalidad debe enterar los pagos de cotizaciones de seguridad social durante todo el tiempo que estuvo vigente la relación laboral.

La sentencia en estudio señala que no procede la nulidad del despido contemplada en el art. 162 del CdT ya que los contratos de honorarios fueron suscritos al amparo de un estatuto legal determinado que, en principio, les otorgaba una presunción de legalidad, lo que permite entender que no se encuentran típicamente en la hipótesis para la que se previó la figura de la nulidad del despido. El tribunal igualmente indica que la sanción de nulidad se desnaturaliza, pues los órganos del Estado no cuentan con la capacidad de convalidar libremente el despido en la oportunidad que estimen del caso, desde que para ello requieren, por regla general, de un pronunciamiento judicial condenatorio,

lo que grava en forma desigual al ente público, convirtiéndose en una alternativa indemnizatoria adicional para el trabajador.

El tribunal respecto a la prestación del demandado ha determinado que, al haberse declarado la existencia de la relación laboral, y de conformidad al art. 58 del CdT el empleador tiene la obligación de realizar el descuento de las remuneraciones del trabajador, a fin de ponerlos a disposición del órgano previsional pertinente, dentro del plazo que la ley fija. El tribunal determina que la obligación que emana del art. 58 del CdT es inexcusable.

La Ministra señora Ana Gloria Chevesich mantiene un voto disidente. Se estima que es procedente la nulidad del despido debido a la naturaleza declarativa de la sentencia que reconoce la existencia de un vínculo de trabajo, y por ende no depende de sí el empleador retuvo o no lo correspondiente a las cotizaciones de seguridad social, ni de la naturaleza jurídica del empleador, por lo tanto, procedía declarar que la demandada también queda obligada al pago de los emolumentos devengados desde la separación del trabajador hasta la convalidación del despido.

II. ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL

A. Problema normativo

El problema que podemos identificar en la sentencia en estudio dice relación con el vínculo existente entre trabajador y empleador, cuando el primero es un funcionario público, y se nos plantea la siguiente interrogante: si la relación laboral deriva de sucesivos contratos de prestación de servicios, está regida bajo el CdT o a su respecto se aplica el Estatuto administrativo de funcionarios municipales (contrato a honorarios). Si la respuesta es positiva entonces se deben analizar los efectos que produce la declaración de la existencia de la relación laboral en este tipo de casos, tomado en consideración que los elementos que configuran la existencia de la relación laboral (subordinación, personalidad y remuneración) ya se han dado por acreditados.

La CS ha acogido los recursos de unificación interpuesto por ambas partes, por un lado la Corte ha indicado en su considerando sexto, que no procede la nulidad del despido ya que esta sanción referida, se desnaturaliza, por cuanto los órganos del Estado no cuentan con la capacidad de convalidar libremente el despido en la oportunidad que estimen del caso, desde que para ello requieren, por regla general, de un pronunciamiento judicial condenatorio, lo que grava en forma desigual al ente público, convirtiéndose en una alternativa indemnizatoria adicional para el trabajador, que incluso puede llegar a sustituir las indemnizaciones propias del despido, de manera que no procede aplicar la nulidad del despido cuando la relación laboral se establece con un órgano de la Administración del Estado y ha devenido a partir de una vinculación amparada en un determinado estatuto legal propio de dicho sector, base sobre la cual, también debe desecharse el recurso de nulidad del actor,¹ en este sentido la CS señala que nuestro ordenamiento considera que el entero de los aportes que deben

¹ Carrasco con Ilustre Municipalidad de Melipilla (2019), p. 3.

pagar los trabajadores para los efectos previsionales, corresponde a una carga que le compete al empleador, mediante descuento que debe ejercer de sus remuneraciones, a fin de ponerlos a disposición del órgano previsional pertinente, dentro del plazo que la ley fija.²

Debemos señalar que la declaración de la existencia de la relación laboral vía tribunales de justicia entre los prestadores de servicios a honorarios y una entidad municipal, ha tenido un cambio de criterio desde el año 2015 en adelante aproximadamente. La CS hasta el año 2014, indicaba que los contratos de prestación de servicios a honorarios, celebrados entre un particular y una Municipalidad, no obstante, las características de cumplimiento de horario, sujeción a órdenes e instrucciones y pago de honorarios en cuotas mensuales se regulan por las normas contenidas en el propio contrato, conforme se establece en el artículo 4° de la Ley N° 18.883, sin que le sean aplicables las disposiciones del CdT.³

Desde el año 2015, este criterio comienza a cambiar, y autores como Vergara Blanco sostienen que hoy existe una nueva y coherente línea jurisprudencial en materia de funcionarios a honorarios que ha venido a mejorar el estándar de tal relación. Es en el caso Vial Paillán con Municipalidad de Santiago, que la CS conociendo de un recurso de unificación de jurisprudencia, cambia completamente su criterio anterior, declarando aplicable el CdT a los funcionarios contratados a honorarios por la Administración dado que la naturaleza de la relación de las partes resulta ser, en la realidad, de índole laboral. La CS ha mantenido su criterio en sentencias sucesivas de los casos Medina Jorquera con Municipalidad de San Antonio, Guzmán Tapia con Serviu, Ríos Salazar con Serviu y González Vera y otros con Municipalidad de Talca, ello con los votos de los ministros titulares de la Cuarta Sala: Chevesich, Blanco, Muñoz (Andrea), Muñoz (Sergio) y Cerda.⁴

Respecto a los prestadores de servicios a honorarios podemos indicar que, este sistema está regulado en el art. 11, inc. 2°, Ley N°18.834 y art. 4° de la Ley N°18.883, y permite a la Administración contar con la asistencia calificada y específica de personas que no tienen la calidad de funcionarios públicos a través de un contrato temporal que no puede exceder del año calendario -pero puede renovarse al año siguiente-, y no mediante un vínculo estatutario o un vínculo sujeto al derecho laboral. Su excepcionalidad y carácter especializado justifican una contratación y remoción discrecional.⁵

En materia de remoción los sistemas aludidos (prestador de servicios a honorarios) son igualmente insatisfactorios. Nuevamente campea la extrema discrecionalidad, quedando los trabajadores en una situación que dificulta severamente ser leal al interés general por sobre lo que diga el jefe.⁶

En este sentido, la doctrina administrativista indica que el carácter de ocasional y no habitual de

² Carrasco con Ilustre Municipalidad de Melipilla (2019), p. 9.

³ Díaz (2014), p. 1117.

⁴ Vergara (2016).

⁵ Rajevic (2017), p. 16.

⁶ Rajevic (2014), p. 12.

los prestadores de servicios a “*honorarios*” ha mutado hacia una permanencia laboral, otorgando al personal mayores responsabilidades, pero sin que ello se colija con estabilidad en el cargo y reglas mínimas que garanticen ciertos derechos mínimos para el ejercicio de sus funciones. Lo anterior ha influido en lo que se ha denominado la “*laboralización*” del empleo público, esto es, una persistente tendencia a aplicar las disposiciones del CdT a las relaciones del Estado con sus servidores, y que se ha manifestado en el despliegue de notables esfuerzos por parte de la jurisprudencia.⁷

Luego de todo lo dicho, podemos señalar que el problema entonces radica en el abuso en que incurre la Administración del Estado al usar las contrataciones a honorarios para reclutar a personas fuera de las restringidas hipótesis previstas en las normas en cuestión con algún grado de pasividad de la CGR. De esa manera, mantienen a personas contratadas a honorarios a través de la suscripción de sucesivos contratos –muchas veces sin solución de continuidad, generando un vínculo permanente e ininterrumpido por larguísimos periodos de tiempo, bajo lo que podría denominarse, desde la perspectiva del derecho del trabajo, como “*subordinación y dependencia*”, de acuerdo a lo señalado en los artículos 7° y 8° CdT.⁸

Para una parte de la doctrina, la jurisprudencia de la CS (Desde el año 2015 en adelante) adopta una posición que desde el punto de vista de la justicia y la equidad difícilmente podríamos rebatir, pero jurídicamente yerra en el razonamiento lo que transforma en errada la decisión, ya que la aproximación al conflicto es realizada desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, dejando de lado algunas premisas básicas del Derecho Administrativo. Los órganos de la Administración del Estado –por regla generalísima– no tienen potestad –es decir, habilitación legal previa y expresa– para celebrar un contrato de trabajo. Por lo anterior, es jurídicamente imposible que la Administración tras un contrato de honorarios pretenda disfrazar u ocultar una relación laboral, como sí ocurre en el sector privado. De este modo, al no gozar de autonomía de la voluntad, el órgano infringiría el principio de juridicidad contenido en los Art. 6° y 7° de la CPR y 2° de la Ley N°18.575 – que debe observar en su actividad permanentemente– al celebrar un contrato de trabajo.⁹

Otra parte de la doctrina se inclina por aplicar el Derecho Laboral a los prestadores de servicios a honorarios, señalando que esta rama en particular se caracteriza por su fuerza expansiva y protectora, ha debido recorrer un arduo camino para entregar protección eficaz a quienes podríamos considerar los más desprotegidos del Estado. Esto ha sido posible gracias al desarrollo jurisprudencial que ha existido en el último tiempo, principalmente en sede de Unificación de Jurisprudencia, recurso que es deducido ante la CS dentro de un procedimiento laboral denominado de aplicación general.¹⁰

En el mismo sentido, la doctrina laboralista, señala que una persona que se incorpora a la dotación de una municipalidad bajo la modalidad contemplada en el artículo 4° de la Ley N°18.883, corresponde

⁷ GÓMEZ (2019), pp. 123-160, p. 134.

⁸ CÁRCAMO (2016), p. 419.

⁹ CÁRCAMO (2016), pp. 420-421.

¹⁰ VARAS (2016), p. 428.

entonces aplicar el CdT cuando a pesar de realizarse el ingreso a la administración por dicha vía, en la práctica presta un determinado servicio que no tiene la característica específica y particular que señala dicha norma o que tampoco se desarrolla en las condiciones de temporalidad que indica, sino que, más bien, satisfaciendo una exigencia que la ley reclama de un órgano público.¹¹ En definitiva, corresponde aplicar el CdT, si los servicios se han prestado bajo subordinación y dependencia del empleador, ya que dicho código constituye la regla general en el ámbito de las relaciones laborales, y, además, porque una conclusión en sentido contrario significaría admitir que, no obstante concurrir todos los elementos de un contrato laboral, el trabajador queda al margen del Estatuto del ramo, en una situación de precariedad que no tiene justificación alguna.¹²

Otro criterio que se ha utilizado en la jurisprudencia y que primaba con anterioridad al año 2014 en esta materia, es la Teoría de los Actos propios en materia laboral, la cual dice relación con la irrenunciabilidad de los derechos laborales y la presunción de relación laboral habrán de producir sus efectos propios, en la medida que estemos ante derechos efectivamente adquiridos y no ante meras expectativas. Quien ha sido contratado para prestar servicios bajo el sistema de honorarios, suscribiendo un contrato de carácter civil y comprendiendo cabalidad los alcances de esta actuación, no tiene un derecho adquirido a ser tratado como trabajador dependiente y subordinado, por diversas razones: desde luego por la formalidad de su contrato de carácter civil, que difiere de uno de trabajo; también, por ende, se deberá justificar su falta de coherencia entre la conducta vinculante inicial y la segunda conducta que contiene una pretensión jurídica contradictoria; corresponderá al juez laboral, en caso de conflicto, conocer de los hechos y resolver en definitiva.¹³ La jurisprudencia estudiada hasta ese entonces año 2007 – 2010, reiteradamente se ha sentenciado que atendido el número de contratos a honorarios celebrados entre las partes durante varios años y que denotan la voluntad definida y persistente de estas de mantener en el tiempo el mismo tipo de vinculación, es procedente aplicar los principios de la Teoría de los Actos Propios, que asigna efectos ineludibles a determinadas conductas previas, y cuyo origen y objetivo se explica precisamente en la primacía del principio de la buena fe, del cual se encuentra imbuido .no solo la legislación laboral, sino que todo el ordenamiento jurídico nacional.¹⁴

Bien sabemos que actualmente la Teoría de los actos propios en materia laboral ha sido superada por la aplicación del principio de la primacía de la realidad, en este sentido se ha indicado por la doctrina, que la principal manifestación de dicho principio se da cuando se trata de disimular a un trabajador subordinado bajo la apariencia de ser un trabajador independiente contratado a honorarios. Esto lleva a los tribunales a establecer la verdadera naturaleza de la prestación.¹⁵

La profesora Varas al comentar la causa rol 8002-2015 de la CS, nos indica que el Estado debe someter

¹¹ VARAS (2016), p. 450.

¹² VARAS (2016), p. 450.

¹³ GAJARDO (2010), p. 25.

¹⁴ GAJARDO (2010), p. 23.

¹⁵ GAMONAL (2014), p. 178.

su acción a lo dispuesto en la legislación supletoria o derecho laboral común -el Código del Trabajo-, por lo que a la luz del principio de primacía de la realidad y la técnica de los indicios de laboralidad, en caso de reunirse los elementos propios de una relación de trabajo dependiente, debe sancionarse a la Administración, desenmascarándose a los falsos honorarios y concluyéndose que en la especie se está ante una relación típicamente laboral, con todos los efectos que ello genera.¹⁶

III. OPINIÓN Y CONCLUSIONES NORMATIVAS

A. Opinión

Los prestadores de servicios a honorarios en la administración del Estado y en específico en las Municipalidades, han sido desprovistos de derechos laborales y de seguridad social, situación que fue avalada por la Jurisprudencia hasta el año 2014, criterio jurisprudencial que cambia desde el año 2015, reconociendo que esos sucesivos contratos de honorarios celebrados entre la entidad pública y el prestador eran en realidad un verdadero contrato de trabajo.

Desde el punto de vista doctrinal y como lo desarrollamos en la parte dogmática, existe una parte de la doctrina que postula a que no se debe aplicar el Derecho del Trabajo a este tipo de relaciones contractuales debiéndose otorgar relevancia al principio de legalidad.

En nuestra opinión, las entidades públicas, aplican erróneamente el art. 4° de la Ley N° 18.883, ya que dicha norma permite la contratación de honorarios, en dos hipótesis: 1.- cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la municipalidad 2.- cuando se contrata a honorarios a personal para la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales. Sin perjuicio de lo expuesto, en el caso en estudio nos encontramos frente a una persona que recibe ordenes de sus superiores, que además se encuentra inmersa dentro del funcionamiento de la Municipalidad, y que frente a dicho escenario el municipio nunca enteró sus cotizaciones previsionales ni procuró al momento de su desvinculación pagar las prestaciones correspondientes pese a que concurrían todos los elementos de una relación laboral.

Se debe tener presente que el cambio en la jurisprudencia ya reseñada ha afectado a las arcas municipales, las que no están diseñadas estatutariamente para afrontar la situación que se produce, ya que al pagar las cotizaciones o indemnizaciones que exige la ley, no se encuentra ni siquiera una imputación presupuestaria para este tipo de contrataciones. Es del caso traer a colación que la CGR ha sido enfática en que no se puede contratar en los municipios personal por CdT fuera de los casos contemplados en el Art. 3° de la Ley N° 18.883. Un ejemplo de ello es el caso de una prestadora de servicios que ejercía labores en un hogar universitario dependiente de un municipio, la cual estaba contratada por el CdT, y ante una solicitud de dicha requirente a la Contraloría Regional de Coquimbo para determinar los días de feriado legal que le correspondían, el ente Contralor determinó que la trabajadora debía ser contratada bajo la modalidad de prestación de servicios a honorarios

¹⁶ VARAS (2017), p. 161.

y no por el CdT, situación por la cual el Municipio debió poner término al Contrato de Trabajo.¹⁷

A pesar de existir un rechazo por parte de la doctrina y la jurisprudencia administrativa, de la aplicación del Derecho Laboral a los prestadores de servicios a honorarios por que se atenta contra el principio de legalidad, este nuevo criterio jurisprudencial, deja en evidencia la característica expansiva del derecho laboral, descartando el criterio de los dictámenes de CGR que indican que los únicos derechos que tienen estos prestadores son los que señalan su propio contrato, y esto se debe a que el derecho del trabajo se encuentra en incesante crecimiento, esto es, que en forma ininterrumpida va ampliando, más y más, su campo de aplicación,¹⁸ entendiéndose entonces que la finalidad del derecho del trabajo de nuestra era tiene como meta la totalidad de la clase trabajadora.¹⁹

En virtud de lo expuesto debemos señalar que el reconocimiento de la relación laboral por medio de una sentencia es de naturaleza declarativa,²⁰ y se ha producido este efecto por que durante el proceso se determinó la existencia de la relación laboral aplicando los principios del Derecho del Trabajo como son el principio protector, el principio de la primacía de la realidad y de la irrenunciabilidad de los derechos, sumado a los indicios de laboralidad.

Respecto a los efectos de la declaración de la relación laboral por medio de una sentencia de un Juzgado de Letras del Trabajo entendemos que el empleador debe enterar las cotizaciones previsionales durante todo el tiempo que se encontró vigente la relación laboral, ya que el art. 58 del CdT señala que el empleador tiene la obligación de realizar el descuento de las remuneraciones del trabajador, siendo esta obligación inexcusable.

Concordamos con el criterio jurisprudencial contenido en las causas rol de Corte Suprema 42.973-17 y 37.339-17 en las que se sostiene que la sanción de nulidad del despido solo procede en el evento que el empleador no entera las cotizaciones previsionales habiendo realizado la retención de los fondos de las remuneraciones de los trabajadores y bien sabemos que al celebrar el Municipio contratos de prestación de servicios está impedido del pago de las cotizaciones previsionales y de salud mientras no exista una sentencia que lo ordene.

Es importante señalar que los actos administrativos tienen una presunción de legalidad por el hecho

¹⁷ La CGR ha indicado que, si bien la jurisprudencia administrativa contenida en el dictamen N° 66.754, de 2013, ha sostenido que resulta factible que un municipio puede instalar un hogar estudiantil en otra comuna, en beneficio de su población, bajo las condiciones que se indican, no puede olvidarse que, asimismo, ha determinado que las contrataciones que deban efectuarse en relación con tales hogares estudiantiles corresponde que se realicen bajo la modalidad de honorarios, por tratarse los servicios requeridos de labores de apoyo, las que, de conformidad con lo precisado por la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 74.870, de 2011, y 31.394, de 2012, deben acotarse al desarrollo de actividades específicas que se establezcan en el respectivo programa, sin que puedan importar el desempeño de funciones que permanentemente deben cumplir los municipios a través de sus servidores.

¹⁸ DÁVALOS (2018), p. 15.

¹⁹ DAVALOS (2018), p. 15.

²⁰ La característica principal de la sentencia meramente declarativa en el proceso es su eficacia retroactiva, y que no requiere de ejecución o cumplimiento forzado, en tanto la tutela se satisface con su mero pronunciamiento, proyectándose la eficacia de la cosa juzgada material y los efectos vinculantes o perjudiciales de la sentencia respecto de cualquier proceso seguido entre ambas partes.

de provenir de una autoridad pública que ejerce el poder público de conformidad a las exigencias impuestas por la C.P.R. (Art. 6° y 7°), de manera que parcialmente actualiza la soberanía (Art. 5.28°). Por esta razón, entonces el Art. 3° de la Ley N° 19.880 otorga dicha presunción al acto.²¹ En virtud de lo expuesto concordamos con la sentencia en el sentido que no es aplicable la nulidad del despido al caso en estudio, debido a que los sucesivos contratos de honorarios celebrados entre las partes fueron suscritos al amparo de un estatuto legal determinado que, en principio, les otorgaba una presunción de legalidad, lo que permite entender que no se encuentran típicamente en la hipótesis para la que se previó la figura de la nulidad del despido.

En esta sentencia nos llama la atención que la Municipalidad demandada no cuestiona la existencia de la relación laboral, porque a nuestro entender ya la Jurisprudencia es uniforme en el sentido de que las entidades públicas deben respetar las normas laborales y que en el evento que frente a una situación de hecho se cumplan los presupuestos de una relación laboral (Subordinación, remuneración y personalidad) y solo recurra respecto a la sanción de la nulidad del despido. En este sentido es muy importante la función que ha cumplido el Poder Judicial quien con su cambio de criterio ha podido dar a entender a la sociedad en su conjunto que las normas laborales deben ser cumplidas por las entidades públicas, las que tienen en un constante estado de precarización a sus prestadores de servicios quienes cumplen funciones propias de la entidad y no de manera esporádica y obviamente es necesario que la CGR pueda ir cambiando su criterio como lo ha hecho hace algunos años con el fuero maternal de las mujeres prestadoras de servicios donde reconoce en su dictamen N° 14.498, de 2019 que se hacen extensivos los derechos referidos a la protección de la maternidad contenidos en el Título II, Libro II, del CdT, entre ellos el fuero maternal, a las servidoras contratadas a honorarios acorde con lo previsto en el inciso segundo del artículo 11 de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, que prestan servicios habituales y, por ende, cumplen funciones asimilables a las de una funcionaria pública.²²

Creemos que este tipo de jurisprudencia es la que debe llevar a que se genere un cambio en nuestra legislación y en este sentido creemos que es urgente modificar el artículo 3° de la ley 18.883²³ que solo permite la contratación bajo el código del trabajo en tres situaciones muy específicas, debiendo entonces regularse a nuestro entender la posibilidad de contratar a personal bajo este estatuto tomando en consideración el carácter de supletorio del CdT y dejar de realizar contrataciones que solo generan un trabajo de carácter precario tomando en consideración que actualmente en los mismos municipios existen y específicamente en sus departamentos de educación una gran cantidad de trabajadores regidos por el CdT, situación por la cual es necesario generar este cambio legislativo como se hizo recientemente con el reconocimiento de la Tutela laboral a los funcionarios públicos.

²¹ CORDERO (2007), p. 161.

²² Dictamen de la Contraloría General de la República N° 14498, 30 de mayo de 2019, p. 5.

²³ Conforme a la norma: "Artículo 3°.- Quedarán sujetas a las normas del Código del Trabajo, las actividades que se efectúen en forma transitoria en municipalidades que cuenten con balnearios u otros sectores turísticos o de recreación. El personal que se desempeñe en servicios traspasados desde organismos o entidades del sector público y que administre directamente la municipalidad se registrará también por las normas del Código del Trabajo. Los médicos cirujanos que se desempeñen en los gabinetes sicotécnicos se registrarán por la ley N° 15.076, en lo que respecta a remuneraciones y demás beneficios económicos, horario de trabajo e incompatibilidades. En las demás materias, que procedan, les serán aplicables las normas de este estatuto".

B. Conclusiones normativas

Del análisis de la presente sentencia podemos concluir que existe una la relación laboral, entre un prestador de servicios a honorarios y una entidad pública, y que a este respecto se configuran todos los elementos de una relación laboral, siendo este criterio ya uniforme desde el año 2015.

Respecto a los efectos que produce esta declaración de la relación laboral en este tipo de casos se debe tener presente que los tribunales deben resguardar los derechos laborales pero en cierta medida tener un cierto equilibrio que permita entender que las entidades públicas tienen ciertas particularidades por su normativa más bien rígida y que su funcionamiento es fiscalizado por la CGR, lo cual impide que a pesar de que exista esta jurisprudencia constante en el tiempo permita a los municipios contratar a estas personas bajo el CdT, ya que por argumento de texto las municipalidades están impedidas y serían sancionadas por la CGR ya que se debe entender que año a año a los municipios se le atribuyen funciones sin una planta acorde al crecimiento de la población, siendo la última reforma a las plantas municipales (Ley 20.922) insuficientes a nuestro entender.

En el sentido de lo expuesto en el párrafo anterior entendemos que los tribunales no deben conceder a los demandantes la sanción de la nulidad del despido, ya que estas entidades no están facultadas por la ley para convalidar el despido si no existe una sentencia que ordene dicha convalidación, en el caso de la contratación de un prestador de servicios a honorarios, debido a que la contratación realizada por la autoridad pública a cargo de entidad gubernamental goza de una presunción de legalidad según lo contemplado en el artículo 3° de la Ley 19.880, el cual establece que los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios.

Sin perjuicio de que no proceda la nulidad del despido en este tipo de casos esto no significa que la entidad pública no esté obligada al pago de las cotizaciones previsionales durante el tiempo que el trabajador prestó servicios debiendo dar cumplimiento al artículo 58 del CdT es decir, que corresponde al empleador el pago de las cotizaciones previsionales durante todo el período de vigencia de la relación laboral.

Se debe tener presente que la Ministra señora Chevesich en un caso similar fue de opinión de acoger íntegramente el arbitrio y dictar sentencia de reemplazo que rechace en su totalidad el recurso de nulidad interpuesto por la demandada, en primer lugar porque con la modificación introducida por la Ley N° 19.631, de 1999, al artículo 162 del CdT, se impuso al empleador una obligación adicional, esto es, que para proceder al despido de un trabajador, debe encontrarse íntegramente pagadas sus cotizaciones previsionales, de lo contrario dicho despido carece de efectos, es nulo. y en segundo lugar indica que, en este contexto, conforme a lo razonado en la sentencia de base, el empleador no dio cumplimiento a la obligación establecida en el inciso 5° del artículo 162 del CdT, de modo que corresponde aplicarle la sanción de la nulidad del despido.²⁴ Respecto a este argumento podemos señalar que no concordamos ya que el sentenciador debe ser capaz de comprender que la normativa que rige

²⁴ Ortiz Bermúdez con Fisco de Chile (2021).

el derecho administrativo posee ciertos elementos como el principio de legalidad y las presunciones de legalidad que no le permiten actuar de manera autónoma sin algún acto administrativo o en este caso una sentencia que les permita dirigir su accionar en un sentido determinado como es convalidar un despido sin una sentencia que así lo ordene.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En definitiva, a través de este trabajo pudimos analizar el límite que existe entre el trabajo desarrollado en el sector público y privado. La sentencia en estudio trató el caso de los denominados falsos honorarios de la administración pública y da cuenta de un cambio criterio de la jurisprudencia que se encontraba asentado desde hace décadas ya que con anterioridad al año 2015, se entendía que lo que primaba era un contrato de prestación de servicios que se celebraba al amparo del art. 4° de la Ley N° 18.883 y del art. 11 de la Ley N° 18.8834, dando paso a la aplicación de los principios del derecho laboral y a la laboralización del derecho administrativo, donde en virtud del principio de la primacía de la realidad se puede visualizar que se configuran todos los elementos de la relación laboral en este tipo de casos, es decir el prestador de servicios recibe ordenes de su superior jerárquico, realiza su labor en dependencias de un servicio público, utiliza la vestimenta distintiva de dicha entidad entre otros indicios, situación por la cual aunque la contratación se ampare en una presunción de legalidad, esta cede ante lo que ocurre en la realidad que no es sino la existencia de un contrato de trabajo, declarándose entonces por los tribunales la existencia de una relación laboral, produciéndose todos los efectos propios de un contrato de trabajo, con la finalidad del que el trabajador obtenga las indemnizaciones y demás prestaciones adeudadas frente a un despido.

Y como reflexión final entendemos que con el análisis de esta sentencia y con la aplicación correcta de la normativa laboral se resguardaron entonces la CS por el principio protector del derecho del trabajo el cual tiene por objeto impedir la explotación sobre el capital humano, posibilitando mejores condiciones de vida a los trabajadores y permitiendo su bienestar social.²⁵

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- CÁRCAMO RIGHETTI, Alejandro (2016): “La desnaturalización de los contratos a honorarios en la administración del estado: una interpretación jurisprudencial peligrosa”, en: COUSO, Javier (director), *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- CORDERO VEGA, Luis (2007): “La Contraloría General de la Republica y la Toma de Razón: fundamento de cuatro falacias”, en: *Revista de Derecho Público* (núm. 69, t. II).
- DÁVALOS MORALES, José (2018): *Derecho Individual del Trabajo*, 18ª edición (Ciudad de México, Porrúa).

²⁵ MONTEIRO (2019), p. 104.

- DÍAZ GARCÍA, Iván et al (2014): “Seguimiento del precedente por la Corte Suprema de Chile en materia laboral: estudio empírico del recurso de unificación de jurisprudencia”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 41 núm. 3).
- GAJARDO HARBOE, María (2010): “Buena Fe y Derecho del Trabajo”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (vol. 1 núm. 2).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2014): *Fundamentos de Derecho Labora*, 4ª edición (Santiago, Thomson Reuters)
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2019): “Desafíos de la función pública en Chile y medidas para la modernización y buena gestión de las relaciones laborales dentro de la administración del estado”, en: *Revista digital de Derecho Administrativo* (núm. 23).
- MONTERIRO PESSOA, Rodrigo (2019): *Derecho del Trabajo Sistematizado* (Santiago, Ediciones Universidad de la Frontera).
- RAJEVIC MOSLER, Enrique (2014): *La precarización el empleo público en Chile y el mito de la carrera funcionaria*. 5º Encuentro Anual de la Sociedad Chilena de Políticas Públicas (Santiago, Universidad Alberto Hurtado).
- RAJEVIC MOSLER, Enrique (2017): *Textos legales sobre gestión de personas y empleo público en Chile* (Santiago, Servicio de Registro Civil).
- VARAS MARCHANT, Karla (2016): “La problemática del personal a honorarios del estado”, en: COUSO, Javier (director), *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- VARAS MARCHANT, Karla (2017): “Laboralización de los vínculos a honorarios del Estado”, en: *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* (vol. IV núm. 3).
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2016): “Contratos a honorarios para servicios personales habituales y dependientes en la Administración pública: su naturaleza laboral. El Código del Trabajo como estatuto común y supletorio”, en: *El Mercurio Legal*.

Jurisprudencia citada

- Carrasco con Ilustre Municipalidad de Melipilla (2019): Corte Suprema, 17 de junio de 2019, Rol N°3.679-19.
- Ortiz Bermúdez, Mauricio con Fisco de Chile (2021): Corte Suprema. 24 de mayo de 2021, Rol 23.062-19.

Comentario a la sentencia recaída en Recurso de Protección, de la Corte Suprema, 22 de enero de 2022

Commentary on the judgement of the Supreme Court on the appeal for constitutional protection, 22 January 2022

Yenny Pinto Sarmiento

Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción, Chile.
Correo electrónico: ypinto@ucsc.cl. <https://orcid.org/0000-0001-8703-1958>.

Recibido el 20/06/2022

Aceptado el 30/06/2022

Publicado el 30/06/2022

<https://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n40-09>

RESUMEN: La sentencia que se comenta corresponde al fallo de la Corte Suprema, de 22 de enero de 2022, recaída en recurso de protección. El recurso correspondía a uno deducido por un funcionario municipal en contra del Decreto Alcaldicio que dispuso el retorno al trabajo presencial, no obstante tener que dedicarse al cuidado personal del hijo de dos años. En el comentario se analizan dos aspectos: por un lado, la necesaria conciliación del trabajo y la vida familiar; la otra, la cuestión de la aplicación del teletrabajo y sus alcances, a los funcionarios públicos.

PALABRAS CLAVE: Conciliación vida familiar, teletrabajo.

ABSTRACT: *The judgement in question is the ruling of the Supreme Court of 22 January 2022, handed down in an appeal for constitutional protection. The appeal was filed by a municipal official against the Mayor's Decree that ordered his return to work in person, despite having to devote himself to the personal care of his two-year-old son. The commentary analyses two aspects: on one hand, the necessary reconciliation of work and family life; on the other, the question of the application of teleworking and its scope to civil servants.*

KEY WORDS: *Work-life balance, family life, teleworking.*

I. LA SENTENCIA

La sentencia que comentamos corresponde al fallo recaído en recurso de protección, causa rol 71654-21, indicador Microjuris MJJ308551.

El fallo revoca la sentencia de primer grado, dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel. Para la Corte, corresponde revocar la sentencia apelada y acoger el recurso de protección deducido por el funcionario municipal en contra del Decreto Alcaldicio que dispuso el regreso a trabajo presencial a su respecto, no obstante que debe hacerse cargo del cuidado de su hijo de 2 años de edad, debido a la imposibilidad de su cónyuge de hacerlo. Al respecto, la Ley N° 21.342 se yergue como un estándar general de seguridad en el trabajo en el contexto de la contingencia sanitaria que aún afecta al país y por ende, aun cuando pudiera desprenderse del empleo de los términos «empleador» y «trabajadores» que no resulta forzoso para los órganos de la administración su ejecución directa, lo cierto es que es una norma que resulta igualmente aplicable, en el contexto de pandemia, en el que la aplicación de medidas sanitarias que protejan a la población resultan no solo necesarias, sino exigibles a todas las autoridades del país, considerando por lo demás el carácter obligatorio de los dictámenes de Contraloría General de la República para las entidades como la recurrida. Así, habiéndose acreditado la necesidad por parte del funcionario municipal de mantener teletrabajo, ya que en los hechos tiene bajo su cuidado a su hijo menor de 2 años de vida – por imposibilidad de la madre de llevarlo a cabo – resulta arbitraria la decisión de la autoridad edilicia en cuanto le niega la posibilidad de seguir realizando sus labores por vía de teletrabajo; ello, por lo demás, en ausencia de prueba en contrario que permita acreditar de modo fehaciente la estricta necesidad de presencialidad en el desarrollo de su función, así como del eventual perjuicio para el municipio en que se mantenga dicho régimen excepcional al funcionario.

Según la Corte, la medida cuestionada ha afectado la garantía de igualdad ante la ley del actor, desde que estando en una de las situaciones contempladas en la ley, pues el recurrente está al cuidado de su hijo menor, al menos de manera temporal, se le impide acceder a una modalidad de trabajo, que le permita ejecutar a cabalidad dicho cuidado.

En efecto, el recurrente acreditó que es padre de un menor de 2 años, precisamente una de las hipótesis contempladas en la ley para acceder al teletrabajo, esto es, y que su cónyuge por prescripción médica no puede dedicarse a su cuidado, requiriéndose su presencia para tal fin (según lo certifica el médico tratante), por lo que necesariamente debe concluirse que está en la hipótesis de «al trabajador o trabajadora que tenga bajo su cuidado a un menor de edad», no distinguiendo la ley si dicho cuidado debe ser permanente o temporal, no siendo lícito en consecuencia al intérprete distinguir.

Agrega la Corte, en sus razonamientos que el funcionario municipal recurrente ha desempeñado sus labores, en modalidad de teletrabajo desde que se impusieron restricciones sanitarias de movilidad, debido al avance de la pandemia de Covid 19, de ello dan cuenta los propios dichos de la recurrida y de igual modo, se allegaron informes semanales de trabajo que debe remitir, de cuyo análisis, igualmente se concluye que tal modalidad no ha sido óbice para el cumplimiento de sus obligaciones laborales, y, de contrario, la recurrida no ha acreditado de modo fehaciente que las funciones por él desempe-

ñadas requieran para su correcta ejecución, como lo sostuvo, de su asistencia presencial. En consecuencia, el recurrente mantiene una efectiva necesidad de permanecer en su hogar para dedicarse al cuidado de su hijo y, si bien las razones por las cuales ello debe concretarse no se condicen de modo exacto con los casos expuestos en el artículo 1 de la ley 21.342, la norma legal en esta materia se erige como un estándar general, no en un catastro hermético y excluyente de situaciones a las cuales se deben aplicar los criterios que subyacen a su dictación, que en la especie no son sino la protección de la niñez.

II. ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL

A. Conciliación de la vida familiar y corresponsabilidad en el cuidado de los hijos

Aunque no recae directamente en un procedimiento laboral, la sentencia contiene dos aspectos, intensamente debatidos e importantes en el último tiempo, en el ámbito laboral. En primer lugar, la necesaria conciliación de la vida familiar y la corresponsabilidad de las tareas del hogar. En segundo lugar, el estatuto del teletrabajo y su aplicación a los funcionarios públicos. Veamos cada uno de dichos aspectos.

Efectivamente, este es el primer aspecto que se rescata del fallo. La sentencia, en efecto, da cuenta que una realidad familiar que implicaría la necesidad de que el trabajador tuviese que mantener el régimen de teletrabajo, a saber, dedicarse al cuidado de su hijo menor de 2 años.¹ Pero el mismo fallo esconde el problema de considerar la participación masculina en el cuidado de los hijos, en subsidio del auxilio materno. Aunque el fallo es breve y no se refiere específicamente a esta cuestión, está implícito este razonamiento, en la medida que tuvo que acreditarse que la mujer no estaba en condiciones médicas de dedicarse al cuidado del hijo. Nos preguntamos si la decisión hubiese sido la misma, acreditándose que la mujer estaba en condiciones de cuidar al hijo común.

Esto se origina, como lo señala un informe de la Dirección del Trabajo, porque en la cultura occidental se suele identificar a las mujeres como madres, depositando en ellas la responsabilidad del cuidado de los hijos,² en contraposición al espacio laboral que ha estado históricamente asociado a la idea de hombre proveedor.³

Por tanto, el teletrabajo, como veremos, tiene una íntima conexión con la conciliación de la vida familiar,⁴ y con la determinación de los roles comunes en el cuidado de los hijos. Sin embargo, existe una

¹ Para un análisis de la regulación en Chile, relativa al cuidado de hijos menores con necesidades de salud, introducido en el artículo 199bis del Código del Trabajo, mediante la Ley N° 21.063, véase PINTO (2018), pp. 523 y ss.

² Véase RIQUELME (2011), p. 15.

³ En este sentido, véase CAAMAÑO (2004); CAAMAÑO (2008), p. 328.

⁴ Se puede observar en su mensaje, enumerando entre sus objetivos la corresponsabilidad parental, al establecer que busca potenciar un cambio cultural que los tiempos actuales nos exigen en materia de responsabilidad parental. Al mencionar la necesidad de la construcción de un país más justo e inclusivo lleva aparejada la necesidad de una responsabilidad compartida. Añadiendo la necesidad de medidas concretas que permitan a los padres adaptarse de mejor manera a sus necesidades familiares

coincidencia generalizada respecto al papel importante que juegan los elementos que conforman la delimitación de un espacio de conciliación entre la vida familiar y laboral, que adquiere un relevancia ejemplificadora cuando se comparan las intenciones de tener hijos y en un determinado número, con los datos reales sobre el número de hijos que finalmente se tienen. En este sentido, la Unión Europea ha planteado la necesidad de una mejor conciliación de la vida familiar y profesional para incrementar la participación de la mujer en el mundo laboral e impulsar la natalidad.⁵

En el caso de Chile, en los últimos años se ha producido una gran disminución en la cantidad de hijos por mujer en edad fértil, provocando una baja en la tasa de natalidad, de un 22,9% a 11,99%, entre 1990 y 2020,⁶ y un relativo envejecimiento de la sociedad chilena.⁷ Algunas de las explicaciones para dicha disminución son mayores niveles de educación, el incremento de participación laboral femenina, el mayor y mejor conocimiento de métodos anticonceptivos y el retraso o postergación de la primera unión, legal o consensual.⁸

Junto a lo anterior, también se añade la difícil tarea de conciliar la vida laboral y familiar,⁹ puesto que a pesar de que en los últimos años se ha comenzado a reconocer la demanda creciente por armonizar trabajo y vida familiar, los esfuerzos no han sido suficientes. En efecto, la imposibilidad que enfrentan las mujeres de conciliar su vida laboral con la familiar repercute directamente en la participación laboral femenina. Es el caso, por ejemplo, de España, país en el que se ha detectado que, entre los motivos que mueven a las mujeres a abandonar su puesto de trabajo se encuentra el hecho de casarse o tener hijos. A lo que se suma que las mujeres dedican tres veces más tiempo que los varones

y especialmente a la atención y cuidado de sus hijos, y esta tarea se menciona al trabajo a distancia como una herramienta de adaptabilidad laboral, que permite compatibilizar el cuidado de los hijos con la participación en el mercado laboral sin tener que optar por una y otra. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/7735/>.

⁵ TORTUERO (2006), pp. 23-25.

⁶ Para los indicadores, véase <https://datosmacro.expansion.com/demografia/natalidad/chile>. La mujer chilena tiene actualmente mayores posibilidades de desarrollo educacional, laboral, académico y profesional, que sumado al fácil acceso para el control de su fertilidad, hace que la tasa global de fecundidad en 2004 fuese de 1,9 hijos por mujer. Ya lo advertía Donoso "Lo preocupante es que esta cifra es inferior a la tasa de recambio poblacional que es de 2,1 hijos por mujer, concepto que significa que los hijos nacidos por cada mujer no alcanzarían para renovar la población al momento del fallecimiento de sus progenitores". En este sentido DONOSO (2007), p. 73.

⁷ Al año 2007 los adultos mayores en Chile ascendían a 2.005.684, y al comparar con la población menor de 15 años la proporción de adultos mayores era uno por cada dos niños y niñas, esperando que para el 2025 sea una relación de 103 por cada 100 menores de 15. Disponible en <http://www.inec.cl/docs/default-source/FAQ/enfoque-estad%C3%ADstico-adulto-mayor-en-chile.pdf?sfvrsn=2>. Actualmente, los adultos mayores, personas de 60 años y más, alcanzan la cantidad de 3.449.362, correspondiente al 18% de la población chilena.

⁸ Disponible en <https://portal.sernam.cl/img/uploads/Informe%20Comisión%20Asesora%20Presidencial,%20Mujer%20Trabajo%20y%20Familia.pdf>

⁹ La incorporación de la mujer al mundo laboral ha generado una serie de cambios sociales, dónde los roles tradicionales, hombre-proveedor y mujer-dueña de casa, están cambiando, aumentando incluso los hogares monoparentales y unipersonales. Lo anterior, presenta nuevos desafíos que implican responsabilidades y obligaciones compartidas, sin embargo se presenta la dificultad de compatibilizar el desarrollo de la vida profesional y laboral, con las responsabilidades familiares y personales. Y en este contexto, hablar de corresponsabilidad implica reconocer que en el hogar es necesario el aporte de todos sus miembros. Sin contar con la necesidad del desarrollo personal, puesto que cada persona necesita el espacio para realizar actividades que le permitan descansar, recrearse, aprender, etc. En este sentido, véase el "Estudio percepciones y prácticas de conciliación y corresponsabilidad en organizaciones públicas y privadas", disponible en https://www.ese.cl/ese/site/artic/20180710/asocfile/20180710103928/estudio_sernam_uandes_2014__1_.pdf

a labores no remuneradas.¹⁰ Por eso, en Chile respecto de las normas de protección a la maternidad, podemos distinguir dos etapas. Una, en que surgen normas de carácter protector a la mujer y al hijo que está por nacer; y una segunda etapa, en la que se comienza a introducir la noción de equidad y el tema de la discriminación. En la primera surgen prohibiciones explícitas, como el caso de los trabajos nocturnos, minería subterránea, etc., y la segunda coincide con la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.¹¹

Es menester señalar, que aun cuando se ha comenzado paulatinamente a cambiar los roles de mujer reproductiva y soporte familiar, versus el hombre con un rol productivo y sostén económico de la familia, no debemos dejar de matizar estas ideas, puesto que, de acuerdo a lo señalado por Tortuero Plaza: *“La primera matización a realizar es que la mujer coparticipa en un mundo ajeno en su dimensión colectiva”,* y añade que: *“(…) la mujer no se incorpora, en el sentido de salir de un espacio para adentrarse en otro. La mujer sin abandonar el espacio asignado, su rol reproductivo, coparticipa en el mercado laboral, integrándose en un sistema de organización productiva ajeno, en la medida que aquél estaba (y está) organizado por y para los hombres, en función del rol social autoatribuido colectivamente.”*¹²

Es en este contexto en el que surge la necesidad de buscar alternativas que permitan conciliar la vida laboral con la familiar, siendo una de las soluciones más comentadas el trabajo a tiempo parcial. Sin embargo, Tortuero señala al respecto que: *“las mujeres no quieren el trabajo a tiempo parcial como instrumento principal de integración en el mercado laboral. El trabajo a tiempo parcial, implica menos salarios, reduce la independencia económica, dificulta la carrera profesional, reduce los derechos respecto de las futuras pensiones...; en definitiva, sitúa a la mujer en una posición marginal dentro de una estructura productiva, social y económica organizada a tiempo completo, al tiempo que constituye un caldo de cultivo apropiado para las conductas discriminatorias adoptadas en un espacio teóricamente neutro”.* Aun cuando añade que: *“Podría ser un instrumento apropiado para múltiples finalidades y, en especial, para que temporalmente hombres y mujeres concilien la vida familiar, personal y profesional”*.¹³

Además, es necesario indicar que el objetivo no debiese ser conciliar la vida personal y familiar con la vida laboral de las mujeres, puesto que, como señala Lousada: *“Si ello no se acompaña de medidas más trascendentales supone perpetuar el estereotipo de asunción femenina de las responsabilidades familiares, posibilitando además una vuelta al hogar”;* y, continúa señalando que: *“(…) hoy en día lo pretendido es la asunción igualitaria, por hombre y por mujeres, de las responsabilidades familiares, facilitando a ambos sexos, en igualdad de oportunidades, conciliar la vida personal, familiar y laboral”*.¹⁴

¹⁰ PABLOS DE ESCOBAR (2004), pp. 2 y ss. Véase RODRÍGUEZ (2005), pp. 48-49. Véase también CASAS BAAMONDE (1998), p. 2; BARRAÑO y DE LA PAZ (1999), p. 19.

¹¹ Véase RIQUELME (2011), pp. 16 y ss. Giménez: *“El segundo mecanismo a través del cual las sociedades satisfacen sus necesidades de cuidado es la especialización social. Se asignan las tareas de cuidado a un segmento o grupo social específico y todas las sociedades han optado por las mujeres. En la mayoría de los casos se asignaron los roles productivos a los hombres, al considerarlos los únicos habilitados social y hasta legalmente para garantizar la subsistencia familiar o comunitaria. Según dicha división se designó a las mujeres como encargadas exclusivas o principales de las tareas de cuidado”.* Véase GIMÉNEZ (2004), p. 105.

¹² TORTUERO (2006), pp. 17-18.

¹³ TORTUERO (2006), pp. 28-29.

¹⁴ LOUSADA (2008), p.8.

B. Teletrabajo: su aplicación a los funcionarios públicos

Cuando hablamos de flexibilidad, uno de los temas presentes es la incorporación de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo, introduciendo las redes sociales e internet, como mecanismos de organización de trabajo masivo, lo que se ha convertido en una forma de trabajo libre, permitiendo a los ciudadanos ofrecer sus servicios mediante herramientas virtuales, lo que no sólo fomenta nuevas oportunidades de empleo, sino también modalidades de trabajo flexible.

Entre ellos encontramos un gran grupo de trabajadores que realizan la prestación de sus servicios a través de las plataformas digitales. De acuerdo con el informe entregado por la OIT, podemos mencionar dos tipos de plataformas: las plataformas en línea, en las cuales el trabajo se terceriza mediante convocatorias abiertas a una audiencia geográficamente dispersa (conocida como *crowdwork*), y las aplicaciones móviles con geolocalización, en las que el trabajo se asigna a individuos situados en zonas geográficas específicas.¹⁵

En efecto, el impacto de las nuevas tecnologías en el fenómeno de la contratación y, del Derecho laboral en particular, ha sido profunda.¹⁶ La irrupción de nuevas formas de trabajo, en las que predominan las nuevas tecnologías, ha puesto en tensión los presupuestos clásicos de la subordinación y dependencia, y ha representado desafíos importantes en términos de calidad del empleo, impacto y formación de los trabajadores.¹⁷ Como señala Ambesi: “*Tal combinación provocó una nueva presión sobre los derechos locales al promover: a) un modelo productivo organizado de manera transnacional; b) un marco de relaciones laborales de perfil horizontal y basado en el cumplimiento de objetivos; c) la consideración instrumental de las fuentes jurídicas; d) la influencia de procedimientos técnicos y de certificación de calidad, destinados a garantizar legitimidad, transparencia y eficacia, por sobre otros objetivos*”.¹⁸

Así, se estima que el fenómeno del trabajo a distancia y del teletrabajo, se ha presentado como la forma bajo la cual puede desarrollarse el trabajo en el futuro.¹⁹ Se ha considerado que el trabajo a distancia y, el teletrabajo en particular, favorece la conciliación con la vida familiar.²⁰ Como indica Mella, en esta línea, una importante ventaja desde la perspectiva del trabajador, es la flexibilidad laboral y personal, señalando que aquella es entendida como “*mayor autonomía a la hora de realizar la activi-*

¹⁵ Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_684183.pdf.

¹⁶ GAMONAL (2010), pp. 35 y ss.; GAUTHIER (2016), pp. 1-4; LLAMOSAS (2015), pp. 13 y ss.; RASO (2016), p. 269; ROCHA (2017), pp. 262 y ss.; RODRÍGUEZ (2015), p. 70.

¹⁷ De hecho, las tecnologías han provocado el denominado paro tecnológico o estructural, que tiene entre sus causas básicas modificaciones en los procesos productivos por aparición de nuevos métodos de producir o de nuevas máquinas o instalaciones que exigen menos mano de obra que la anteriormente utilizada; la desaparición de procesos dedicados a la producción de bienes o servicios devenidos inútiles o sustituidos por otros que cumplan sus mismas finalidades o satisfagan las mismas necesidades. Véase CAAMAÑO (2005), pp. 25 y ss.; CARDONA (2003), pp. 157-158; RODRÍGUEZ (2007), pp. 283 y ss.

¹⁸ AMBESI (2019), p. 254. En un sentido similar, SÁNCHEZ-CASTAÑEDA (2010), pp. 229-230.

¹⁹ OSIO (2015), pp. 412-413; RODRÍGUEZ (2015), p. 69.

²⁰ CAAMAÑO (2010), pp. 96 y ss.

dad laboral, o sea, respecto del cómo y cuándo trabajar. En este sentido, se añade que esta libertad es un elemento clave para poder conciliar vida laboral y privada de la persona y ser capaz de organizarse para atender bien los dos mencionados aspectos de la vida”.²¹

En efecto, junto a lo anterior, también se añadir la difícil tarea de conciliar la vida laboral y familiar, puesto que a pesar de que en los últimos años se ha comenzado a reconocer la demanda creciente por armonizar trabajo y vida familiar, los esfuerzos no han sido suficientes, como hemos advertido. En efecto, la ventaja relativa a la conciliación de vida familiar puede esconder, como problema, la dificultad en separar la vida familiar de las labores encomendadas,²² o bien, problemas asociados a la ergonomía (mala equipación, inadecuación de los espacios, luz, entre otros); otros al horario (trabajar poco o en exceso, o hacerlo en horarios distintos al bioritmo natural, entre otros);²³ o, al acceso a medios informáticos que permitan el trabajo, bajo esta modalidad.²⁴ También se ha estimado que el trabajo a distancia, en general, pueden encubrir, con facilidad, formas de trabajo informal.²⁵

En general, el teletrabajo debe reunir, según la doctrina, tres elementos: a) uno geográfico, en el sentido que la prestación del trabajador se presta en un lugar distinto al domicilio de la empresa (de ahí que se trate de una forma de trabajo a distancia), el domicilio del propio trabajador u otro que determine el empleador; b) elemento tecnológico, es decir, el empleo de medios telemáticos que permitan el desarrollo de la área productiva; y, c) elemento organizativo, en el sentido que dichas herramientas telemáticas se destinan como giro para la realización de actividades propias de la empresa, bajo la dirección del empleador.²⁶ Buira, a quien seguimos, entiende que, lo que caracteriza, desde el punto de vista jurídico al teletrabajo, no es sólo lo que denomina el e-trabajo, sino que estamos en presencia de una especial organización laboral, cuyos servicios se prestan a través de medios de comunicación telemáticos.²⁷ Esta cuestión tiene mucha importancia, porque es el aspecto que enfatiza especialmente la Ley Nº 21.220, que seguidamente veremos.

En nuestro país, la Ley 21.220 regula el trabajo a distancia, por primera vez en el sistema chileno, introduciendo en el Código del Trabajo un Capítulo IX, en el Título II, del Libro I.²⁸ Una primera precisión técnica de importancia es que, para la regulación chilena, el género es el trabajo a distancia,

²¹ MELLA (2017), p. 37.

²² OSIO (2015), p. 417; CAAMAÑO (2010), pp. 96-97.

²³ Véase CATAÑO y GÓMEZ(2014), pp. 87-89. Sobre el derecho a la desconexión, AGUILERA y CRISTÓBAL (2017), p. 334.

²⁴ Véase BELZUNEGUI (2008), pp. 132 y ss.

²⁵ JEFFERY (2005), p. 21.

²⁶ JEFFERY (2005), pp. 208 y ss.; UGARTE (2007), pp. 181-183; CAAMAÑO (2010), pp. 87-88; QUINTANILLA (2017), pp. 117-119.

²⁷ BUIRA (2012), p. 24. Véase también, LLAMOSAS (2015), pp. 30-32 y PINTO (2020), pp. 236 y ss.

²⁸ La afirmación, sin embargo, merece un matiz. La Ley Nº 19.759, que modificó el Código del Trabajo, quiso hacerse cargo de la figura, al introducir una modificación al artículo 22, inciso 4º, que en su nueva redacción dispuso: “Asimismo, quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones”. Esta regulación, ya había convencido a la doctrina, de que el teletrabajo debía estar sujeto, necesariamente, a un régimen de contratación laboral. Véase UGARTE (2007), p. 193 y CAAMAÑO (2010), p. 91. No obstante, parece difícil deslindar cuándo se está frente a una verdadera relación de subordinación. Para el concepto central de ajenidad en dicha relación, véase LLAMOSAS (2015), pp. 40-46.

mientras que el teletrabajo es una especie o modalidad del trabajo a distancia. También es una precisión que introduce la doctrina.²⁹ Según el artículo 152 quáter G, incisos 2° y 3°: “Es trabajo a distancia aquel en el que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa. Se denominará teletrabajo si los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios”. Naturalmente, esta es una cuestión de importancia, porque dependiendo de una modalidad u otra, el deber de seguridad del empleador se presentará de manera diversa.

Tanto el trabajo a distancia, como el teletrabajo pueden desarrollarse en conforme al régimen de jornada ordinaria, aunque también es posible pactar que el trabajador distribuya libremente su jornada, conforme al artículo 22 del Código del Trabajo (artículo 152 quáter J); el contrato debe contener menciones específicas (artículo 152 quáter K), que comprende, entre otras materias: a) lugares específicos en el que se desarrollará la jornada; b) distribución de la jornada; c) mecanismo (s) de supervisión del empleador.

Aunque la regulación está pensada para el sector privado, se ha introducido la figura del teletrabajo en el sector público. En esta materia, se debe tener en especial consideración el artículo 206bis del Código del Trabajo, introducido por la Ley 21.391, de 24 de noviembre de 2021.

La norma dispone: “Si la autoridad declarare estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública o una alerta sanitaria con ocasión de una epidemia o pandemia a causa de una enfermedad contagiosa, el empleador deberá ofrecer al trabajador que tenga el cuidado personal de al menos un niño o niña en etapa preescolar, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, regulada en el Capítulo IX del Título II del Libro I del presente Código, en la medida que la naturaleza de sus funciones lo permitiere, sin reducción de remuneraciones. Si ambos padres son trabajadores y tienen el cuidado personal de un niño o niña, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá hacer uso de esta prerrogativa. Si la autoridad declarare estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, o una alerta sanitaria con ocasión de una epidemia o pandemia a causa de una enfermedad contagiosa, y adoptare medidas que impliquen el cierre de establecimientos de educación básica o impidan la asistencia a los mismos, el empleador deberá ofrecer al trabajador que tenga el cuidado personal de al menos un niño o niña menor de doce años, que se vea afectado por dichas circunstancias, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, en la medida que la naturaleza de sus funciones lo permitiere, sin reducción de remuneraciones. En este caso, el trabajador deberá entregar al empleador una declaración jurada de que dicho cuidado lo ejerce sin ayuda o concurrencia de otra persona adulta. Esta modalidad de trabajo se mantendrá vigente durante el período de tiempo en que se mantengan las circunstancias descritas anteriormente, salvo acuerdo de las partes”.

Como sabemos, en nuestro país se decretó estado de excepción constitucional por calamidad pública, mediante Decreto N° 104, de 18 de marzo de 2020, prorrogado mediante Decreto N° 269, de 16 de junio de 2020; Decreto N° 153, de 25 de junio de 2021, y permaneció hasta el 30 de septiembre de 2021.

²⁹ Véase BUIRA (2012), pp. 21; 31-34; RODRÍGUEZ (2015), p. 71.

La declaración del estado de excepción se tradujo, a su vez, en la dictación de la Resolución Exenta N° 43, que dispone medidas sanitarias que indica por brote de Covid-19 y establece nuevo plan “Paso a Paso”, con la modificación de la Resolución 590 Exenta, de 26 de junio de 2021. La última actualización del Plan Paso a Paso operó en virtud de la Resolución Exenta 994, de 1 de octubre de 2021, modificado a su vez por la Resolución Exenta 1266, de 4 de diciembre de 2021. El plan, en definitiva, fue sustituido por la Resolución 494 Exenta, de 14 de abril de 2022, que establece un nuevo plan “Paso a Paso. Seguimos cuidándonos juntos”.³⁰

Es la norma en análisis fue interpretada, en primer lugar, mediante Dictamen N° 150/18, de 15 de junio de 2022. Según el Dictamen: “(...) el empleador deberá ofrecer al trabajador que tenga al cuidado un niño o niña en etapa preescolar, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, regulada en el Capítulo IX del Título II del Libro I de este Código, en la medida que la naturaleza de las funciones lo permitiere, sin reducción de sus remuneraciones”. A continuación, agrega que, “(...) Si ambos padres son trabajadores y tienen el cuidado personal de un niño o niña, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá hacer uso de la prerrogativa. En tal sentido, prevé que en el evento de surgir la necesidad de cerrar un establecimiento escolar, o que se impida la asistencia de los menores “(...) el empleador deberá ofrecer al trabajador que tenga el cuidado personal de a lo menos un niño o niña menor de doce años, que se vea afectado por dichas circunstancias, la modalidad trabajo a distancia o teletrabajo, en la medida que las funciones lo permitieren”.

Es precisamente el beneficio del artículo 206 bis del Código del Trabajo el que se aplica a los órganos de la administración pública, y que invoca el recurrente, único caso en que el estatuto del teletrabajo puede ser aplicado al ámbito público. Como se dijo en el Dictamen E223042, de 9 de junio de 2022:³¹ “Al respecto, el ente contralor señala que los trabajadores del sector público, cualquiera sea su estatuto laboral, que se encuentren en las hipótesis reguladas en el artículo 206 bis del Código del Trabajo, pueden acceder a este beneficio, debiendo solicitarlo a su empleador. No obstante, como la Administración del Estado se encuentra impedida de pactar libremente el régimen de teletrabajo regulado en el Capítulo IX del Título II del Libro I del referido código, pues esa modalidad fue prevista por el legislador para el sector privado, advierte que se debe conciliar la forma de entregar el beneficio previsto en el artículo 206 bis para dichos funcionarios, de manera de dar observancia a la obligación impuesta por la ley que se extiende por igual al sector privado como al público. En tal sentido, sostiene que, tratándose de servidores cuyo estatuto sea el Código Laboral y que se encuentran en alguna de las hipótesis previstas en el citado artículo 206 bis, estos acceden excepcionalmente a la modalidad de teletrabajo, razón por la cual deben suscribir un anexo a su contrato de trabajo que regule el teletrabajo durante el período respectivo, en la especie, mientras dure la alerta sanitaria por la pandemia COVID-19. En tanto, tratándose de servidores que se rijan por estatutos distintos del Código del Trabajo, se deben aplicar en su entrega las medidas de gestión interna reconocidas a los jefes de servicio. Sin embargo, aunque que la regulación normativa mediante la cual se implementa el beneficio del artículo 206 bis varía según el estatuto de que se trate, esa circunstancia no puede implicar crear condiciones desiguales para su acceso y ejercicio”.

³⁰ El denominado plan paso a paso, las medidas que se adoptan y su actualización, puede consultarse en la página <https://www.gob.cl/coronavirus/pasoapaso/>.

³¹ El Dictamen vino a complementar el Dictamen E177724N22, de 21 de enero de 2022.

III. CONCLUSIONES

El teletrabajo constituye una modalidad laboral que presenta enormes desafíos para el Derecho laboral. En tanto instrumento normativo, permite un mejor ajuste de las distintas realidades laborales, personales y familiares, un mejor ajuste. Es lo que se aprecia en el fallo, que tiene la virtud de articular, para un régimen de funcionarios públicos el teletrabajo a partir del artículo 206 bis del Código del trabajo, como un mecanismo para conciliar la vida familiar. Con todo, la sentencia deja cuestiones implícitas que conviene preguntarse. En primer lugar, la sentencia deja implícita la cuestión de si la corresponsabilidad parental es efectivamente aplicado, en la medida que el recurrente acreditó que la madre no podía tener al cuidado el hijo. Nos preguntamos si la decisión hubiese sido la misma, en el caso que la madre hubiese estado en condiciones de cuidar al menor. En segundo lugar, el fallo muestra, ahora en una reflexión que puede hacerse articulada con la jurisprudencia administrativa, la forma en la que el teletrabajo, pensado para el régimen privado, puede articular a propósito de los funcionarios públicos.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- AGUILERA IZQUIERDO, Raquel y CRISTÓBAL RONCERO, Rosario (2017): “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica”, en: VV.AA., *Conferencia nacional tripartita: el futuro del trabajo que queremos* (Madrid, OIT, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, vol. III).
- AMBESI, Leonardo Jesús (2019): “Tecnología, relaciones laborales y derecho del trabajo: acerca de la tensión entre la técnica y la persona”, en: *Estudios Socio-Jurídicos* (vol. 21, núm. 1).
- BARRAÑO CID, M. y DE LA PAZ, J. (1999): “Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia postradicional”, en: GONZÁLEZ ORTEGA, S. (director), *Seguridad Social y Familia* (Madrid, La Ley).
- BELZUNEGUI ERASO, Ángel (2008): “Teletrabajo en España, acuerdo marco y administración público”, en: *Revista Internacional de Organizaciones* (núm. 12).
- BUIRA CIPRÉS, Jordi (2012): *El teletrabajo. Entre mito y realidad* (Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2004): “Conciliación de trabajo y vida familiar. Un análisis desde la perspectiva del derecho del trabajo chileno”, en: *Revista de Derecho Valdivia* (v. 16).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2005): “Las transformaciones del Trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico”, en: *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* (vol. 18, núm. 1).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2008): “El permiso parental y la progresiva inclusión del padre en los derechos para la armonización del trabajo y la vida familiar”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica del Valparaíso* (vol. XXXI).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2010): “El teletrabajo como una alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. XXXV).

- CARDONA RUBERT, María Belén (2003): “Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas”, en: *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales* (núm. 1).
- CASAS BAAMONDE, M. E. (1998): “Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo”, en: *Revista Laboral* (núm. 11).
- CATAÑO RAMÍREZ, Sara y GÓMEZ RÚA, Natalia (2014): “El concepto de teletrabajo: aspectos para la seguridad y salud en el empleo”, en: *CES Salud Pública* (núm. 5)
- CERVILLA GARZÓN, María José y JOVER RAMÍREZ, Carmen (2015): “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, en: *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* (vol. 3, núm. 4).
- DONOSO SIÑA, Enrique (2007): “Descenso de la natalidad en Chile: un problema país”, en: *Revista Chilena de obstetricia y ginecología* (vol. 72, núm. 2).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2010): *Trabajo y Derecho* (Santiago, LegalPublishing).
- GAUTHIER, Gustavo (2016): “Impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo”, en: VV.AA. *A veinte años de la reforma jubilatoria. Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* (Colonia del Sacramento).
- GIMÉNEZ, Daniel M. (2004): “Género, previsión y ciudadanía social en América Latina”, en: MARCO, Flavia (coordinadora), *Los sistemas de pensiones en América Latina: un análisis de género* (Santiago, Cepal).
- JEFFERY, Mark (2005): “Derecho del trabajo en la sociedad de la información”, en: Peguera Poch, Miquel (coordinador), *Derecho y nuevas tecnologías* (Barcelona, Universitat Oberta de Catalunya).
- LLAMOSAS TRÁPAGA, Aida (2015): *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación: una relación fructífera no exenta de dificultades* (Madrid, Dykinson)
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2008): *Permiso de paternidad y conciliación masculina* (Albacete, Bomarzo).
- MELLA, Lourdes (2017): *El teletrabajo en España: aspectos teóricos-prácticos de interés* (Madrid, La Ley).
- OSIO HAVRILUK, Lubica (2015): “Salud y seguridad en el teletrabajo. Caso: Argentina”, en: *Revista Visión Gerencial* (vol. 14, núm. 22).
- PABLOS DE ESCOBAR, Laura (2004): “Participación laboral femenina. Análisis de los factores determinantes. La importancia de la educación”, en: AA.VV. *XI Encuentro de Economía Pública* (Madrid).
- PINTO SARMIENTO, Yenny (2018): “Permiso para el cuidado de hijos con enfermedades catastróficas: una nueva regulación en Chile”, en: AA.VV., *II Encuentro Latinoamericano de Jóvenes Juristas. Pensando el futuro del Derecho del Trabajo: la conciliación entre el trabajo y la vida personal* (Montevideo, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social).
- PINTO SARMIENTO, Yenny (2020): “El derecho de desconexión en el teletrabajo y salud laboral en tiempos de pandemia”, en: DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro y ROSAS BERTIN, Diego (coordinadores), *Derecho del trabajo y los efectos laborales de la crisis y emergencia sanitaria en Chile* (Santiago, Thomson Reuters).
- QUINTANILLA NAVARRO, Raquel (2017): “El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura”, en: VV.AA., *Conferencia nacional tripartita: el futuro del trabajo que queremos* (Madrid: OIT, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, vol. III).
- RASO DELGUE, J. (2016): “La economía virtual. Nuevos retos para el Derecho del Trabajo”, en: *Revista de Derecho Laboral* (t. LIX, vol. 262).
- RIQUELME GIAGNONI, Verónica (2011): *¿La maternidad castigada? Discriminación y malos tratos* (Santiago, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo).

- ROCHA SÁNCHEZ, Fernando (2017): “La digitalización y el empleo decente en España. Retos y propuestas de actuación”, en: VV.AA., *Conferencia nacional tripartita: el futuro del trabajo que queremos* (Madrid: OIT, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, vol. III).
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2005): “La protección jurídico-laboral de la maternidad: algunas cuestiones pendientes”, en: *Temas Laborales* (núm. 82).
- RODRÍGUEZ MEJÍA, Marcela (2007): “El teletrabajo en el mundo y Colombia”, en: *Revista Gaceta Laboral* (vol. 13, núm. 1).
- RODRÍGUEZ REYES, Isaías (2015): “Análisis jurídico a la figura del trabajo a distancia”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* (vol. 6, núm. 11).
- SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo (2010): “Trabajo y tecnología: cambios y desafíos para la Seguridad Social”, en: *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 11.
- TORTUERO PLAZA, J.L. (2006): *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral. Del permiso de paternidad obligatorio... al apoyo de las PYMES*, (Pamplona, Thomson Civitas).
- UGARTE CATALDO, José Luis (2007): *El nuevo Derecho del Trabajo* (Santiago, LegalPublishing).

Normativa citada

- Decreto Nº 104, de 18 de marzo de 2020.
- Decreto Nº 269, de 16 de junio de 2020.
- Decreto Nº 153, de 25 de junio de 2021.
- Resolución Exenta Nº 43, 15 de enero de 2021.
- Resolución 590 Exenta, de 26 de junio de 2021.
- Resolución Exenta 994, de 1 de octubre de 2021.
- Resolución Exenta 1266, de 4 de diciembre de 2021.
- Resolución 494 Exenta, de 14 de abril de 2022.

Jurisprudencia citada

- Dictamen Contraloría General de la República, E177724N22, de 21 de enero de 2022.
- Dictamen Contraloría General de la República, E223042, de 9 de junio de 2022.
- Dictamen Dirección del Trabajo, Nº 150/18, de 15 de junio de 2022.

CONTENIDO

- 3 LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA DEL DEUDOR FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.
¿DERECHO A CAMBIAR DE OPINIÓN?**
The protection of the debtor's autonomy against breach of contract: the right to change his mind?
Alberto Pino Emhart
- 21 EL ROL Y FUNCIÓN DEL INTERÉS SOCIAL EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ABIERTAS CON
ESTRUCTURAS CONCENTRADAS DE PROPIEDAD. UNA PROPUESTA DOGMÁTICA**
*The role and function of the corporate interest in public limited companies with concentrated
ownership structures. A doctrinal proposal*
Luis Colman Vega
- 49 LA EXIGENCIA DEL SOLVE ET REPETE PARA EJERCER ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS
ESPECIALES: PRIVILEGIO PROCESAL AÚN VIGENTE EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO**
*The requirement of solve et repete to exercise special contentious administrative actions: a
procedural privilege still in force in our legal system*
Álvaro Quezada Vidal
- 85 ELEMENTOS PARA LA DISCUSIÓN SOBRE LAS CLÁUSULAS BÁSICAS DEL DEBIDO PROCESO**
Elements for discussion on the basic clauses of due process
Cristian Riego
- 103 LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN PROCEDIMIENTOS LABORALES
POR ACOSO**
Gender perspective in evidence assessment in labour harassment proceedings
Sophía Romero Rodríguez / Macarena Jaque Reinuaba / Lucas Prieto Decap / Jaime Zuleta Yong
- 135 ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ Y EL NACIMIENTO DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA EN CHILE**
Arturo Alessandri Rodriguez and the birth of scientific doctrine in Chile
Jaime Alcalde Silva
- 151 ANÁLISIS SENTENCIA ROL DE CORTE SUPREMA 3679-19. DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA
RELACIÓN LABORAL DE PRESTADORES DE SERVICIOS A HONORARIOS EN MUNICIPIOS Y SUS EFECTOS**
*Analysis of Supreme Court ruling n° 3679-19. Establishment of an employment relationship of fee-
based service providers in municipalities and its effects*
Juan Eduardo Guzmán Zúñiga
- 165 COMENTARIO A LA SENTENCIA RECAÍDA EN RECURSO DE PROTECCIÓN, DE LA CORTE SUPREMA,
22 DE ENERO DE 2022**
*Commentary on the judgement of the Supreme Court on the appeal for constitutional protection, 22
january 2022*
Yenny Pinto Sarmiento